سِلْسِلَةُ تَقْنِينِ أَحْكَامِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ (٣)



مُرْشِدُ الْحَيْرَانِ

إِلَى مَعْرِفَةِ أَحْوَالِ الْإِنْسَانِ

فِي الْمُعَامَلَاتِ الشَّرْعِيَّةِ

عَلَى مَذْهَبِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ

مُلَائِمًا لِسَائِرِ الْأَقْطَارِ الْإِسْلَامِيَّةِ

الْمُجَلَّدُ الثَّانِي

لِمُؤَلِّفِهِ الْمَغْفُورِ لَهُ

محمد قدري باشا ١٢٢٧ - ١٣٠٦هـ

شَرْحٌ وَدِرَاسَةٌ وَتَحْقِيقٌ

مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالِاقْتِصَادِيَّةِ

بِإِشْرَافِ

أ. د. مُحَمَّد أَحْمَد سِرَاج

أُسْتَاذُ الدِّرَاسَاتِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِالْجَامِعَةِ الْأَمْرِيكِيَّةِ بِالْقَاهِرَةِ

د. أَحْمَد جَابِر بَدْرَان

مُدِيرُ مَرْكَزِ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالِاقْتِصَادِيَّةِ

دَارُ السَّلَامِ

لِلطِّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ وَالتَّرْجَمَةِ

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م

بطاقة فهرسة
فهرسة أثناء النشر إعداد الهيئة المصرية العامة لدار الكتب والوثائق القومية - إدارة الشؤون الفنية

قدري ، محمد قدري ، ١٨٢١ - ١٨٨٨ .
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ملائمًا لسائر الأقطار الإسلامية / لمحمد قدري ؛ شرح ودراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ؛ إشراف محمد أحمد سراج ، أحمد جابر بدران . - ط ١ - القاهرة : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، ٢٠١١م .
٣ مج ؛ ٢٤ سم . - (سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ؛ ٣).
تدمك ٠ ٠٠ ٥٠٥٩ ٩٧٧ ٩٧٨
١ - الفقه الحنفي. ٢ - المعاملات (فقه إسلامي).
٣ - أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت ، ٦٩٩ ٧٦٧
أ - مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (شارح ودارس ومحقق).
ب - سراج ، محمد أحمد (مشرف) .
ج - بدران ، أحمد جابر (مشرف) .
د - العنوان .
٢٥٨,١

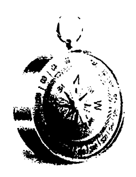


للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م
تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٢٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٢٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

في

المداينات والعقود والأمانات والضمانات





البَابُ الأوَّلُ
في أنواع الديون

الفَصْلُ الأوَّلُ
في الدَّين

(مادة ١٦٨) الدَّين ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب. الدين على نوعين مشترك وغير مشترك[١].

الدَّين في اللغة من المداينة، يقال: داينت فلانًا إذا عاملته دينًا، أخذًا أو إعطاء، والدَّين في تعريف ابن نجيم: هو لزوم حق في الذمة، فيشمل الحقوق المالية وغير المالية كالزكاة والصيام، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك[٢].

وقد عرَّف الأحناف الدَّين بأنه « ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض ». وهو ما جرت عليه المادة المذكورة، فيشمل الدَّينُ الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة من المِثْلِيَّات والقيميات التي تقبل الضبط بالوصف؛ ولذا « يجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتنضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب »[٣].

أما الأموال التي لا تضبط بالصفة كالجواهر التي تختلف آحادها وتتفاوت إفرازها فلا تثبت في الذمة دينًا عند جمهور الفقهاء لعدم تعيينها؛ ولذا اشترطوا في السَّلَم والقرض والاستصناع أن يكون المال الثابت في الذمة مما تنضبط صفاته؛ لأن ما لا تنضبط صفاته لا يثبت في الذمة، لاختلاف آحادها اختلافًا كثيرًا فيؤدي في الغالب عند الوفاء به إلى الخصومة والمنازعة، وخالف الشافعية في ذلك ورأوا ثبوت الدَّين في الذمة إذا كان المال قيميًّا لا تنضبط صفاته إذا كان معلوم القدر، ويكون الوفاء به بأداء قيمته المالية أو بردِّ مثله في الصورة ويغتفر التفاوت في القيمة؛ لأنه يكون يسيرًا، وتثبت المنافع في الذمة عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك إذا كانت مِثْلِيّة أو قيمية قابلة

---

(١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣٤.

(٢) فتح الغفار شرح المنار : ٣/ ٢٠، العناية شرح الهداية : ٦/ ٣٤٦، رد المحتار : ٤/ ٢٥، القواعد لابن رجب ص : ١٤٤، المبدع : ٤/ ١٥٠.

(٣) المهذب : ٢/ ٣١٠.

للضبط بالوصف؛ ولذا أجازوا الاتفاق على منفعة غير معينة بالذمة إذا كانت موصوفة في الذمة؛ كسكنى مدة معينة في حجرة غير محددة أو الركوب إلى محلة معينة دون تعيين الدابة، وهذه هي « إجارة الذمة »، نظرًا لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة المؤجر، لا بشيء معين. وقد اعتبر المالكية والشافعية « إجارة الذمة » سلمًا في المنافع، ولهذا اشترطوا تعجيل الأجرة، ويفيد تعلق الدَّين بذمة المدين أن تكون جميع أمواله صالحة للوفاء به، وألا يمنع الدين حق المدين في التصرف في أيٍّ من أمواله المملوكة له عند ثبوت الدين أو بعد ثبوته.

ويعقب الدكتور عبد الرَّزَّاق السَّنْهُوري على مادة المرشد المذكورة التي تحصر مصادر الدين في العقد الوارد على استهلاك مال أو في ضمان الغصب بقوله: « والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره مرشد الحيران في المادة (١٦٨) فهي أولًا: العقد كالقرض يلتزم به المقترض أن يرد للمقرض مبلغًا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، وكالبيع إذا كان الثمن نقودًا أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع. أما التزام البائع بتسليم العين للمشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى، وهي ثانيًا: الإرادة المنفردة كالنذر والهبة والوصية إذا كان كل ذلك نقودًا أو مثليات، وهي ثالثًا: العمل غير المشروع، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب مرشد الحيران، فكل ضمان ينشأ من غير العقد كغصب أو سرقة أو إتلاف يكون محله عوض الشيء المضمون، وهذا العوض إما أن يكون مبلغًا من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيميًّا، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثليًّا. وهي رابعًا: الإثراء بلا سبب في بعض الحالات؛ فمن دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على مَنْ قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الحيران) فإذا كان هذا الشيء نقودًا أو مثليًّا كان الرجوع بدين متعلق بالذمة. وهي خامسًا: الشرع ذاته كالالتزام بالنفقة، ومحلهُ عادةً مبلغٌ من النقود، فهو دَيْنٌ متعلق بالذمة »[1].

ويشير السنهوري إلى وقوع بعض دارسي الفقه الإسلامي المحدثين في الخطأ عندما يسوون بين مفهوم الدَّيْن في الفقه الإسلامي والحق الشخصي في اصطلاح القوانين الغربية[2]. ويبدو الدَّين في الاصطلاح الفقهي أضيق نطاقًا من مفهوم الحق الشخصي في تعريف القوانين المدنية العربية له، ومع ذلك يرى السنهوري أن الفقه الإسلامي قد تطور بدرجة محدودة من التمييز بين الدَّين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصي والعيني بإدخال عنصر المطالبة التي هي من خصائص الدَّين ضمن مفهوم الالتزام بالعين، ويوضح ذلك

(١) مصادر الحق: ١/ ١٧.

(٢) السابق: ١/ ١٩.

بالإشارة إلى أن الدَّين في الفقه الإسلامي يشتمل على عنصرين، أولهما: أصل الدين ويتعلق بالذمة، والآخر: المطالبة وهي تتبع الأصل، فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدَّين، وأمكن القول بوجود حق شخصي في الفقه الإسلامي يجمع كُلًا من الدَّين والعين[١].

وقد عبرت المادة (٦٨) مدني أردني عن هذا التطور في تعريفها للحق الشخصي، ونصها: « الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائنُ مدينَهُ بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ».

***

● (مادة ١٦٩) الدَّين المشترك ما كان سببه متحدًا سواء كان ثمن مبيع مشتركًا بين اثنين أو أكثر في بيع صفقة واحدة، ولم يذكر عند البيع مقدار ثمن حصةِ كلٍ واحد من الشركاء أو دينًا آيلًا بالإرث إلى عدة ورثة أو قيمة مال مستهلك مشترك أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك بين اثنين أو أكثر[٢].

الدين المشترك هو ما كان سببه متحدًا؛ كأن يكون ثمن مبيع مشترك بين اثنين أو أكثر، لم يذكر عند البيع مقدار ثمن حصة كل واحد من الشركاء أو دينًا آيلًا بالإرث إلى عدة ورثة أو قيمة مال مستهلك مشترك أو بدل قرض من أموال الشركاء؛ من ذلك: أن يبيع الشريكان دارًا مشتركة بينهما بعقد واحد دون تحديد ثمن نصيب كلٍّ منهما فيها، لكن لو تعددت الصفقة الموجبة للدَّين حقيقة أو حكمًا فإن الدَّين لا يكون مشتركًا، وذلك كما لو باع كلٌّ منهما نصيبه في الدار المشتركة بعقد مستقل، حتى ولو كان المشتري منهما واحدًا، وحينئذ لا سبيل لأحد البائعين على الآخر إذا تقاضى حصته من الثمن.

ومن الدَّين المشترك أيضًا أن يكون وجوب الدَّين عوضًا عن مالين غير مشتركين إلا أنه استحق عنهما صفقة واحدة، كدار لهذا ودار لآخر باعاهما في عقد واحد بثمن مجمل دون تمييز لحصة كلٍّ من الدارين في هذا الثمن المجمل، لا ببيان مقدار كستمائة لهذا وأربعمائة للآخر، ولا بتحديد صفة كنقود فضية لهذا وذهبية للآخر، لانعدام الاشتراك بينهما بهذا التمييز. وبهذا فإن اتحاد الصفقة ورضاهما بها وعدم تميز حصة كل منهما هو الذي أوجب الاشتراك في الثمن[٣].

---

(١) السابق : ١/ ٢٦. (٢) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نمرة : ٢٦٢.

(٣) تبيين الحقائق : ٥/ ٤٥، العناية على الهداية : ٧/ ٤٧.

ومن الدين المشترك طبقًا لما جاء في المادة (١٧١) مرشد، أنه: « إن التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدَّياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب لهما من المكفول عنه يكون دَيْنًا مشتركًا ».

وتأتي أحكام الدين المشترك في المواد (١٧٣) مرشد، وما بعدها مما سيأتي توضيحه.

والاشتراك في الدَّيْن صورة من صور تضامن الدائنين في الفقه الإسلامي الذي عرف نظام تضامن الدائنين وتضامن المدينين؛ إذ يقوم التضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة، سواء كانت شركة أعمال أو شركة وجوه متى كان الدين ناشئًا عن مباشرة أعمالها التجارية، فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالًا للشركة. ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال؛ فالشركاء دائنون بالأجر المستحق، ولكلٍّ منهم أن يطالب المدين بكل الدين. وإذا أدى المدين كل الدين إلى أحد المدينين المتضامنين برئت ذمته نحو الجميع فيرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين، كلٌّ منهم بقدر حصتهم فيه. ويقوم التضامن في شركة المفاوضة على أساس الوكالة، فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضي وفي جميع حقوق العقد. أما في شركة العنان فيقوم التضامن على أساس أنهم متضامنون كمدينين بالتزامهم بالعمل، فيكون دائنين متضامنين في حقهم في الأجر.

وقد تناولت المواد (٢٧٩ – ٢٩٩) مدني مصري، أحكامَ الدائنين المتضامنين، كما تناول القانون المدني الأردني في مواده (٤١٢ – ٤١٦) أحكام التضامن بين الدائنين ثم أعقبه في المواد (٤١٧ – ٤٢٥) بالدين المشترك الأكثر ظهورًا في الفقه الإسلامي.

***

❁ (مادة ١٧٠) الدين الغير مشترك هو ما كان سببه مختلفًا لا متحدًا؛ كأن أقرض اثنان كل منهما على حدته مبلغًا لشخص أو باعاه مالًا مشتركًا بينهما وسمى حين البيع كلٌّ واحد منها لنصيبه ثمنًا على حدته[1].

أما الدين غير المشترك طبقًا لما عرفته هذه المادة فهو ما كان سببه مختلفًا لا متحدًا، كما لو أقرض اثنان كلٌّ على حدته مبلغًا لشخص أو باعاه مالًا مشتركًا بينهما وسمى كل واحد منهما ثمن حصته. وحكم الدين غير المشترك طبقًا لما جاء في (المادة ١٧٢) مرشد، أنه «إذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتركة فلكل واحد من أربابها استيفاء دينه على حدته من المديون وما يقبضه يحسب من دينه خاصة لا يشاركه فيه أحدٌ من الدائنَيْنِ الأخر ».

ولا يخرج تعريف الدين المشترك في القانون المدني الأردني عن ذلك؛ فقد جاء

(١) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٢.

في المادة (٤١٧) من هذا القانون أنه: « يكون الدين مشتركًا إذا اتحد سببه أو كان دَيْنًا آل بالإرث إلى عدة ورثة أو مالًا مستهلكًا ومشتركًا أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك ».
وُيومِئُ تعريف الدين المشترك على هذا النحو إلى ما يقابله من الدين غير المشترك.

* * *

● (مادة ١٧١): فإن التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينهما؛ فالمطلوب لهما من المكفول عنه يكون دينًا مشتركًا[١].

تتفرع هذه المادة عما جاء في المادة (١٦٩) من تعريف الدين المشترك، ولا تخرج عن أن تكون مجرد صورة من صور الدين المشترك؛ ذلك أنه إذا التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينهما فإنهما يكونان شريكين في الدين الذي أدياه على أساس تضامنهما في أداء الدين بالتزامهما كفالة الدين.

* * *

● (مادة ١٧٢): إذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتركة فلكل واحد من أربابها استيفاء دينه على حدته من المديون وما يقبضه يحسب من دينه خاصة لا يشاركه فيه أحد من الدائنين الأخر[٢].

أوضحت هذه المادة حكم الديون المتعددة على المدين عند عدم الاشتراك في أيٍّ من هذه الديون، وهو أن كُلًّا منهم مستقل عن الآخر يأخذ حقه من المدين ويطالبه بحقه، ويستقل بما يأخذه منهم، إلا إذا كان المدين محجورًا عليه فإن ما يأخذه أحدهم بقدر حصته في الدين طبقًا لأحكام الحجر التي يأتي توضيحها في مناسبتها.

ومن المواد السابقة يتضح أن مصدر الدين المشترك قد يكون وضعًا قانونيًا، وهو سبق الاشتراك في الدين بحكم القانون، كما في الميراث وقد يكون وضعًا اتفاقيًا لوحدة الصفقة. وهكذا فإن مصدر الدين المشترك هو الشرع أو الاتفاق، وهو الحال ذاته في التضامن بين الدائنين الذي لا ينشأ إلا بالقانون أو الاتفاق.

* * *

● (مادة ١٧٣): إذا كان الدين المطلوب من المدين مشتركًا بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه ولا يختص القابض منهم بما قبضه بل يكون مشتركًا

---

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٨٨.

(٢) يستفاد حكمها من حاشية أبي السعود على منلا مسكين، نمرة : ١٨٤، ومن الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٨.

بين الشركاء، لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته، فإذا كان بعض الشركاء في الدين غائبًا وطلب الحاضر[١] حصته يأمر الحاكم المديون بأدائها إليه[٢].

***

(مادة ١٧٤) إذا قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين المشترك فالشريك الآخر بالخيار إن شاء شاركه فيما قبضه عينًا وأخذ منه ما أصاب حصته ويتبعان المديون بما بقي لكل منهما في ذمته، وإن شاء سلَّم للقابض ما قبضه واتبع المديون بحصته.

فإن اختار متابعة المديون فلا يرجع على القابض بشيء إلا إذا هلك نصيبه بأن مات المديون مفلسًا؛ ففي هذه الصورة يرجع على القابض بحصته فيما قبضه ويأخذ منه مثل المقبوض لا عينه[٣].

تُجْمِل هاتان المادتان أحكام الدَّين المشترك في أمرين، أولهما: أن لكلٍّ من الشركاء مطالبة المدين بحصة دينه، على وجه الانفراد، فلو كان أحد الشركاء غائبًا أو غير راغب في مطالبة المدين صح لغيره أن يطالب المدين، ويقضي القاضي للمطالب بحصته من الدين. والآخر: أن ما يقبضه أحد الشركاء في الدين المشترك لا يختص به، بل يكون مشتركًا بين الشركاء، لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته[٤].

ومع ذلك فإن لشريك المدين الذي قبض حصته الخيارَ في المشاركة في القدر المقبوض من حصة الآخر أو تركها له ومتابعة المدين في المطالبة، ولا حق له إن اختار متابعة المدين في الرجوع على القابض إلا إذا عجز عن الاستيفاء من المدين، كأن مات مفلسًا، فعندئذ يرجع على القابض بمقدار حصته من الدين فيما قبضه.

وقد أوضحت ذلك المادتان (٤١٨، ٤١٩) مدني أردني، هذين الحكمين، ونصهما:

- المادة (٤١٨): « لكلٍّ من الشركاء في الدين المشترك أن يطلب حصته فيه، ويكون ما قبضه مالًا مشتركًا بين جميع الشركاء، لكل بقدر نصيبه ».

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « الحاصر » والمثبت هو الصحيح.

(٢) يستفاد حكم أولها من فصل المطالبة بالدين من كتاب التنوير، ويستفاد حكم آخرها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٩٠.

(٣) يستفاد حكمها من شرح التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٢ و ٦٦٣، ومن حاشية أبي السعود على منلا مسكين، جزء ثالث نمرة : ١٨٤، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٨٨.

(٤) الفتاوى الهندية : ٢/ ٣٣٦، درر الحكام : ٣/ ٦٣، والمواد : ١١٠٠، ١١٠١ من المجلة العدلية، وحاشية أبي السعود على منلا مسكين : ٣/ ١٨٤.

المادة (٤١٩):

١ - « إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك فللشريك الآخر أن يشاركه فيه بنسبة حصته ويتبعان المدين بما بقي، أو أن يترك له ما قبضه على أن يتبع المدين بحصته.

٢ - فإذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له أن يرجع على شريكه إلا إذا هلك نصيبه، وله أن يرجع عليه بنسبة حصته فيما قبض ».

ويختلف أثر الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين الذي نظمت أحكامه القوانين المدنية العربية؛ ذلك أنه في التضامن بين الدائنين يجوز لأيٍّ منهم أن يطالب بكل الدين، كما يجوز لهم مجتمعين أن يطالبوا به أيضًا، ولهم الرجوع على الدائن الذي قبض الدين بحصصهم فيه، أما الدائن في الدين المشترك فلا يرجع على المدين إلا بحصته، ويترتب على أن الدائن لا يرجع على المدين إلا بمالَهُ من حصة في الدين؛ أن كثيرا من حالات انقضاء الالتزام في تضامن الدائنين بسبب غير الوفاء؛ كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم لا توجد في الدين المشترك؛ إذ إن الدائن لا يستوفي إلا حصته.

***

❁ (مادة ١٧٥) إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها فلشريكه الآخر أن يضمنه حصته منها[١].

لا يبرأ الشريك القابض حصته في الدين المشترك من حق شريكه في محاصته فيما قبض بهلاك ما قبضه أو استهلاكه أو تصرفه فيه بوجه من الوجوه، ولشريكه أن يضمنه حصته منها، فلو كان الدين المشترك ألفا بين اثنين مناصفة، وقبض أحدهما حصته، وهي خمسمائة، فتصرف فيها بقضاء دين عليه أو بالهبة أو بدفعها ثمن ما اشتراه أو غير ذلك من أوجه التصرف فإن للدائن الآخر أن يضمنه نصفها مائتين وخمسين، وتبقى الخمسمائة الأخرى من الدين مشتركة بينهما، فيحق لأيهما المطالبة بها ويتقاسمان ما يقبضه أيهما منها[٢].

***

❁ (مادة ١٧٦) إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وتلفت في يده بلا تقصير منه فلا يضمن حصة شريكه في المقبوض ويكون مستوفيًا حقه قصاصًا وما بقي من الدين

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٨٧.

(٢) الفتاوى الهندية : ٢/ ٣٣٧، درر الحكام : ٣/ ٦٦، المجلة العدلية :

بذمة المديون يكون حقًّا للشريك الآخر[١].

لا يضمن القابض حصته من الدين المشترك لشريكه ما يتلف في يده بلا تعديه ولا تقصير منه، ويكون مستوفيًا قيمة ما تلف من دينه، ويتبع الشريك الآخر المسمى بالشريك الساكت المدين بحصته من الدين. أما ما يتلف في يد الشريك القابض بتعديه أو بتقصيره فإن للشريك الساكت أن يطالبه بأداء حصته من الذين فيما قبضه. فلو كان الدين المشترك بينهما ألفًا مناصفة، وقبض أحدهما حصته وتعدى فيها بالإتلاف أو قصّر في حفظها فإنه يضمن للشريك الساكت نصف ما قبضه، ويطالبان المدين بمّا عليه من الدين.

وقد جاء ذلك في المادة (٤٢٠) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا قبض أحد الشركاء حصته في الدين المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها فللشركاء الآخرين أن يرجعوا عليه بأنصبائهم فيها.

٢ - فإذا تلفت في يده بلا تقصير منه فلا ضمان عليه لأنصبة شركائه فيها، ويكون قد استوفى حصته، وما بقي من الدين بذمته يكون لشركائه الآخرين ».

***

● (مادة ١٧٧) إذا أتلف أحد الدائنين في الدين المشترك مالًا للمديون وتقاصًا بحصته ضمانًا فلشريكه أخذ حصته منه[٢].

***

● (مادة ١٧٨) إذا اشترى أحد الشريكين بنصيبه من الدين المشترك مالًا من المديون فالشريك الآخر مخير إن شاء ضمنه ما أصاب حصته من ثمن ما اشتراه أو رجع بحصته على المديون وله أن يشاركه في المال المشترى إن تراضيا على ذلك[٣].

يشمل قبض الدين من أحد الشريكين كل ما يُعَدُّ وفاءً وإقباضًا، فلو شغلت ذمة أحد الشريكين في الدين المشترك بحق للمدين، وذهب قصاصًا في حصته فإنه يضمن للشريك الساكت قدر حصته فيما قبضه حكمًا. فلو كان الدين المشترك ألفًا مناصفة بين اثنين، وأتلف أحدهما مالًا للمدين، أو غصبه منه وهلك في يده فإنه يضمنه، فلو كان الواجب بالضمان مثل الدين فإنه يضمن للشريك الصامت نصف حصته الواجب بالضمان؛ لأنه استوفى حقه

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٨٧.

(٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٦٦٣، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٨٩.

(٣) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة: ٦٦٣، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٨٨.

قصاصًا بما عليه، فيضمن لشريكه ما يقابل حصته، ويطالبان المدين بالباقي. وكذا لو اشترى أحدهما من المدين شيئًا، وذهب ماله من الدين قصاصًا في الثمن، فإن للشريك الصامت أن يطالب بحصته من الدين فيما استوفاه شريكه من مدينهما، والشريك الصامت مخير - كما تقدم - بين استيفاء حصته من الشريك القابض حقيقة أو حكمًا وبين المتابعة للمدين، غير أن هذا الاختيار مقيد بعدم التَّوَى، وإلا فإن له أن يرجع على المدين القابض لاستيفاء حصته مما قبضه.

وسواء في ذلك كله أن يكون الدين دين معاوضة كألف هي ثمن دار مشتركة، أم دين إتلاف أو غصب مال مشترك تلف في يده، أو نصيبهما في ميراث مَنْ توفي من أقاربهما أو بدل قرض أقرضاه من مال مشترك بينهما.

وإنما اعتبر ما يقبضه أحد الشريكين قبضًا عن الدين المشترك؛ لأنه لا يكون مقبوضًا عن حصة القابض وحده إلا بعد تميز حصة كل منهما من الدين بقسمته بينهما، ولا يمكن ذلك لأن الدين في ذمة المدين، ولا يمكن قسمة ما في الذمة.

ولذا فإن للشريك الصامت الرجوعَ على الشريك القابض بحصته فيما قبض؛ لأنه أخذ حقه ولا ولاية له عليه في هذا الأخذ فكان له أن يرجع عليه فيما قبضه من حصته. وإذا اختار الشريك الصامت الرجوع على القابض بحصته فيما قبض من الدين المشترك لم يكن للقابض أن يمنعه منه أو يعطيه غيره أو بدله وإن كان مثله أو أجود منه؛ لأن عين حقه فيما قبض؛ إذ الدين لا يتعين إلا بالقبض.

فإذا فات المقبوض عند القابض بسبب ما كضياع أو تلف بتعدٍّ أو تقصير أو دفعه للغير في معاوضة أو ضمان أو تبرع، فإنه يكون قد فوَّت على الشريك حصته فيما قبضه، فيكون لشريكه أن يضمنه ما فوَّته عليه. أما إذا كان الهلاك بدون تعدٍّ ولا تقصير فلا تضمين ولكن يكون الفوات كله على القابض، ويظل نصيب الشريك الساكت في الدين كاملًا في ذمة المدين فيطالبه به.

وإذا رجع الشريك الساكت على القابض بعد تواء حقه عند المدين بإفلاسه فليس له إلا مثل هذا الحق في ذمة القابض، ويكون دينًا كسائر الديون؛ لأنه أسقط تعلق حقه بعين المقبوض فانتقل حقه بوجوبه مرة أخرى إلى ذمة شريكه.

ويخلص للشريك القابض ما يقبضه من حصته في الدين المشترك إذا أجَّل أحدهما المدين؛ لأن الأجل يمنع المطالبة، وهو يملكها فيكون قد تصرف في خالص ملكه فينفذ،

كما لو أبرأه، فإذا حلَّ الأجل عاد حقه في المطالبة. وخالف فيه أبو حنيفة، ورأى أن تأجيل أحدهما المدين في الوفاء لغوٌ؛ إذ هو يتضمن القسمة، ولا تصح في الدين لأن محله الذمة، ولأنها تتضمن المعاوضة، ولا يمكن ذلك في الذمة.

***

(مادة ١٧٩) إذا أبرأ أحد الشريكين المدينون عن نصيبه من الدين المشترك صح إبراؤه وليس لشريكه أن يرجع عليه بشيء من المبرأ.

فإن أبرأ أحدهما المدين عن بعض نصيبه من الدين يقسم الباقي على سهامه وكذلك إذا وهب أحدهما حصته للمديون صحت هبته فلا يكون ضامنًا حصة شريكه من الدين.

إذا ضمن أحد الشريكين لمديونهما دينًا واجبًا له على شخص صارت حصته قصاصًا بالدين الذي ضمنه ولا شيء لشريكه عليه.

وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان إن كانت الكفالة بأمره لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه[1].

تضمنت هذه المادة حكم تصرف الدائن في حصته من الدين المشترك، والقاعدة أنه يجوز له أن يتصرف في حصته بالتبرع بها للمدين أو غيره، ولا يتبعه الشركاء في قيمة هذه الحصة. ولذا يصح له كما جاء في المادة أن يبرئ المدين من حصته، ولا يرجع عليه شريكه بشيء مما أبرأه عن المدين، كما يصح له كذلك أن يهب حصته للمدين، ولا يضمن لشريكه في الدين شيئًا من قيمتها، ويصح له كذلك أن يضمن عن مدينه دَيْنًا يؤديه من حصته، ويصح له كذلك أن يضمن لمدينه دينًا على آخر، وتصير حصته قصاصًا بالدين الذي ضمنه -، لكن لو قبض مبلغ الضمان من المكفول عنه يعود لشريكه الحق في محاصته- فيما قبضه طبقًا للقواعد العامة في الدين المشترك.

ويتفق ذلك في لفظه مع ما جاء في المادة (٤٢٣) مدني أردني، ونصها:

« يجوز لأحد الشريكين أن يهب حصته في الدين للمدين أو أن يبرئه منه، ولا يضمن أنصبة شركائه فيما وهب أو أبرأ ».

***

(مادة ١٨٠) إذا أخذ أحد الشريكين في الدين رهنًا من المديون في مقابلة حصته وتلف

---

(١) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة: ٦٦٣، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٨٩، ٢٩٠.

الرهن في يده فلشريكه أن يضمنه مقدار ما أصاب حصته[١].

القاعدة العامة في الدين المشترك أن ما يقبضه أحد الشريكين من حصته في الدين المشترك لا يسلم له، ويتعلق حق شريكه بقيمة ما قبضه؛ فلو تصرف فيما قبضه تصرفًا يؤدي إلى إسقاط حق شريكه فيما قبضه بإتلاف أو استهلاك أو بيع أو شراء فإن حق الشريك ينتقل من العين إلى القيمة إن أراد هذا الشريك محاصته فيما قبض. ويجري ذلك فيما لو أخذ رهنًا بحصته وتلف الرهن في يده؛ لأنه يكون مستوفيًا دينه حكمًا فيحق لشريكه أن يضمنه ما أصاب حصته أو أن يتبع المدين.

***

● (مادة ١٨١) إذا أخذ أحدُ رَبَّي الدين من المديون كفيلًا بحصته منه أو أحاله المديون بها على آخر فلشريكه أن يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحتال عليه[٢].

لعله قد اتضح الآن أن للدائن في الدين المشترك أن يطالب المدين بحصته من الدين، وأن يستوثق بدينه بأخذ كفيل بهذه الحصة أو بالاتفاق معه على إحالته لمن يأخذ منه هذه الحصة، وأن للشريك الساكت عندما يحصل الآخر على شيء من هذه الحصة، عن طريق الكفيل أو المحال عليه أو الأصيل أن يشاركه فيما استوفاه من حصته أو أن يتبع المديون.

وتتطابق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٢١) مدني أردني، ولفظها: « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلًا بحصته في الدين المشترك أو أحاله المدين على آخر فللشركاء أن يشاركوه بحصصهم في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه ».

***

● (مادة ١٨٢) إذا استأجر أحد الشريكين من المديون شيئًا مدة معينة بحصته من الدين صار قابضًا لها ولشريكه الخيار في الرجوع عليه بما أصاب حصته وفي اتِّباع المديون[٣].

تقدم أن القاعدة العامة في الدين المشترك أن للدائن أن يطالب المدين بحصته من الدين وأن تستوفى فيه هذه الحصة، وأن ما يقبضه من هذه الحصة لا يسلم له وحده، وإنما يحق لسائر الشركاء أن يطالبوا بنصيبهم فيما قبضه من حصته أو يتركوه له، ويتبعوا المدين بمطالبته بالوفاء بحقوقهم؛ ولذا لو استوفى حصته باستئجاره شيئًا معينًا من أموال المدين تعلق حق

---

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٩٠.

(٢) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٩٠، ومن ابن عابدين نمرة : ٣٧٥.

(٣) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣.

الشريك في الدين بما استوفاه من بدل الأجرة، وحق له أن يطالب بأخذ نصيبه مما استوفاه أو يتركه له ويتبع المدين، وينطبق ذلك على ما لو اشترى شيئًا من أموال المدين، وذهب ثمن ما اشتراه قصاصًا في حصته من الدين، فيحق لشريكه أن يطالبه بنصيبه فيما استوفاه.

وهو ما جاء في المادة (٤٢٢) مدني أردني، ولفظها: « إذا اشترى أحد الشركاء بنصيبه في دين مشترك مالًا من المدين فللشركاء أن يضمنوا ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه أو أن يرجعوا بحصصهم على المدين، ولهم أن يشاركوه ما اشتراه إذا اتفقوا على ذلك ».

***

❁ (مادة ١٨٣) إذا صالح أحد رَبَّي الدين المديون عن نصفه الذي هو نصيبه فإن كان بدل الصلح من جنس الدين فالشريك مخير إن شاء شاركه في المقبوض وأخذ نصفه وإن شاء اتبع المديون، وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشريك بالخيار أيضًا في اتِّباع المديون أو الشريك المصالح، وللمصالح في هذه الصورة الخيار إن شاء سلم إليه نصف المقبوض وإن شاء دفع إليه ربع الدين[1].

القاعدة العامة في الدين المشترك - كما تقدم - أن للدائن أن يطالب المدين بحصته من هذا الدين، وأن يعمل على التوثق لهذه الحصة بكفالة أو حوالة أو رهن، أو أن يستوفيها بجنسها أو بالمصالحة عليها أو بالمقاصة بثمن في عقد بيع أو بدل إجارة أو دين له على آخر أو ما إلى ذلك.

وقد تقدم كذلك أنه إذا صارت هذه التصرفات إلى استيفاء حصته أو شيء منها فإن للشريك أن يأخذ نصيبه فيما استوفاه.

وقد جاء في هذه المادة حكم الصلح الذي يتفق عليه الدائن مع المدين في حصته من الدين المشترك وأن له ذلك، مع الاحتفاظ بحق شريكه في الرجوع عليه بنصيبه في بدل الصلح الذي قبضه، وهو ما جاء كذلك بنصه في المادة (٤٢٤) من القانون المدني الأردني، ولفظها: « يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يصالح عن حصته فيه، فإن كان بدل الصلح من جنس المدين جاز للباقين أن يشاركوه في المقبوض أو أن يتبعوا المدين. وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدين جاز لهم أن يتبعوا المدين أو الشريك المصالح، وللمصالح أن يدفع لهم نصيبهم في المقبوض أو نصيبهم في الدين ».

***

(١) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣.

❁ (مادة ١٨٤): إذا كان للمديون على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين خاص به ثابت له قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصًا به فليس لشريكه أن يرجع بشيء من حصته[1].

***

❁ (مادة ١٨٥) إذا حدث للمديون على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين وثبت له ذلك بعد وجوب دينهما عليه وصار دينه قصاصًا فلشريكه الحق في الرجوع عليه بحصته منه[2].

إذا استوفى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك قصاصًا بما عليه من دين للمدين فليس لشريكه في الدين أن يرجع عليه بشيء مما استوفاه قصاصًا؛ لأن جريان المقاصة بين ما كان عليه من دين وما ثبت له من حصة في الدين قد منع الاشتراك في الدين، فلا تثبت أحكام الاشتراك في الدين.

ويختلف ذلك عما لو نشأ الدين على أحد الشريكين بعد ثبوت حقه في الدين المشترك، فإن استيفاءه حقه بالمقاصة بعد قيام الشركة في الدين، فيثبت لشريكه الحق في مطالبته بأخذ نصيبه مما استوفاه؛ ولذلك فإنه لو كان اشترى بيتًا من أحد بألف ثم أتلف شيئًا بألفين، وهذا الشيء مملوك للمشتري وأخذه مناصفة، فقد وجب للمشتري ألف من ضمان التلف، فتجرى المقاصة بين الألف الواجب له بالإتلاف والألف الواجب عليه ثمن ما اشترى، ولا تقوم الشركة في الدين.

أما لو كانا أقرضاه ألفين، أو باعاه منزلًا بألفين، ثم اشترى منه أحدهما شيئًا بألف فإنه يعد مستوفيًا لحقه بالمقاصة بين ما عليه وما ثبت له من حصته في الدين المشترك بعد قيام الشركة، فتسري على هذا الاستيفاء أحكام الاشتراك في الدين.

والمقاصة: إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه، وذلك بأن تشغل ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار، فإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة فتكون المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مدينًا للآخر بما زاد.

(١، ٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة : ٦٦٣، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثانِ نمرة : ٢٨٩.

(مادة ١٨٦) إذا مات المديون وكان أحد الشريكين وارثًا له وترك مالًا ليس فيه وفاء لدينهما فإنهما يشتركان فيه على حسب حصة كل منهما[١].

يسقط الدين في أحكام الدنيا كُلًا أو بعضًا إذا مات المدين ولم يترك وفاء بما عليه كله أو بعضه[٢]، سواء كان الدين مشتركًا أو غير مشترك؛ ولهذا فإنه لو مات المدين دينًا مشتركًا أو غير مشترك ولم يترك وفاء بما عليه، فإن الدين يسقط لعدم الفائدة في الحكم ببقائه، ولو ترك شيئًا يفي ببعض ما عليه من دين مشترك، فإن الشركاء يتحاصون في قيمته بقدر أنصبائهم، ويسقط ما بقي لعدم الفائدة في إبقائه.

***

(مادة ١٨٧) إذا كان الدين المشترك موروثًا فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن وله أن يؤجل حصته[٣].

القاعدة العامة: أنه لا حق للشريك في التصرف في حصة شريكه، ويُجرى هذا على الاشتراك في الدين؛ حيث لا يحق لأحد الشركاء التصرف بتأجيل الدين نيابة عن سائر الشركاء، بحكم أن التصرف في ملك الغير باطل إلا بإذن من هذا الغير أو بولاية عليه. لكن يجوز له أن يؤجل حصته هو دون توقف على إذن شركائه، لأنه يتصرف في حصة نفسه.

وقد جاء في القانون المدني الأردني النص على ذلك، فقد جاء في المادة (٤٢٥) أنه:

١- « لا يجوز لأحد الشركاء في دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التأجيل.

٢- ويجوز له أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين.

وفي هذه الحالة ليس له أن يشاركهم فيما يقبضون من الدين ».

وتفترق مادة المرشد المذكورة عما جاء في القانون المدني الأردني في ورودها مخصوصة بحالة الاشتراك في الدين الناشئ عن الإرث، أما القانون الأردني فيتناول حكم تأجيل أحد الشركاء الدين المشترك ويمنع ذلك بوجه العموم مع إجازة حق الدائن في تأجيل حصته وحدها، حتى لا يشترك مع سائر الشركاء فيما يقبضون من الدين.

***

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٩٠.

(٢) رد المحتار : ٤/ ٢٧٠.

(٣) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية جزء رابع نمرة : ٢١٦.

❁ (مادة ١٨٨) إذا كان الدين المشترك واجبًا بإدانة أحد الشريكين في شركة عنان فإن أجله الذي باشر الإدانة صح تأجيله في جميع الدين وإن أجله الذي لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله في حصته ولا في حصة شريكه بالأولوية.

فإن كان الشريكان متفاوضين فأيهما أجَّل الدين المشترك بينهما صح تأجيله[١].

تناولت المادة السابقة من المرشد حكم تأجيل أحد الشركاء حصته في الدين المشترك الذي نشأ الاشتراك فيه بسبب الإرث، وبينت جواز ذلك لحق الشريك في التصرف في حصته، أما هذه المادة الواردة على تأجيل الدين المشترك في شركة عنان أو مفاوضة فتفرق بين نوعي الشركتين المذكورتين وتجيز تأجيل الدين في شركة المفاوضة من قِبَلِ أيٍّ من الشركاء، سواء كان هو الذي باشر الإدانة أو غيره الذي لم يباشرها، على حين تمنع هذه المادة الشريك الذي لم يباشر الإدانة في شركة العنان من التصرف بتأجيل الدين أو تأجيل حصته هو أو حصة شريكه، وتجيز هذه المادة تأجيل شريك العنان الذي باشر الإدانة الدينَ كلَّه، أي حصته وحصة شريكه.

وإنما صح تأجيل الدين في المفاوضة من قبل أيٍّ من الشريكين؛ لأن تصرف المفاوض نافذ عليه وعلى شريكه في كل ما يعود على الشركة بالنفع، سواء كان من أعمال التجارة أو من غيرها. أما التفريق في شركة العنان بين من يتولى الإدانة وغيره فيستند في المذهب الحنفي إلى أن حقوق العقد الذي يتولاه أحد الشريكين قاصرة عليه؛ لأنه ما دام الغرض ألا كفالة فإن حقوق العقد إنما تكون للعاقد، فإذا باع أحدهما شيئًا من مال الشركة أو أجره فهو الذي يقبض الثمن أو الأجرة، وإذا كان الثمن نسيئة فهو الذي يتولى المطالبة به والخصومة عند الخلاف، وهو الذي يقيم البينة أو تقام عليه، وكذلك لو اشترى أحدهما شيئًا للشركة أو استأجره فإنه دون شريكه هو الذي تتوجه عليه المطالبة بالثمن أو الأجرة، وهو الذي يطالب بالتسليم ويتولى القبض، ونفْعُ الخصومة في ذلك له وعليه، فهذا هو الذي يوضح وجه التفريق بين حق الشريك الذي تولى الإدانة في تأجيل الدين ومنع الآخر الذي لم يتول الإدانة من تأجيل الدين أو تأجيل حصته أو حصة شريكه.

❁ ❁ ❁

(١) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء رابع: ٢١٦.

(مادة ١٨٩) إذا كان الدين المشترك واجبًا بعقد قرض فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد لا للشريك الآخر أن يؤجله وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكلٍّ منهما اقتضاؤه حالًا[1].

تمنع هذه المادة تأجيل الدين المشترك إذا نشأ الاشتراك في الدين عن عقد قرض؛ ولذا فإنهما لو اتفقا على إقراض شخص قدرًا من المال لم يكن لأيٍّ منهما أن يؤجل، وإن أجَّل لم يلزم تأجيله؛ لأنه صفقة واحدة فلا تتفرق، ولو أجزنا تأجيل أحدهما حقه لتضمن ذلك معنى القسمة بإفراز حقه وتمييزه دون موافقة الآخر.

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في حكم تأجيل الدين المشترك، فذهب أبو حنيفة إلى أن تأجيل أحد الشريكين حصته في الدين المشترك لغو؛ إذ يتضمن تأجيل الحصة معنى القسمة وصفًا وحكمًا لامتناع المطالبة بالمؤجل دون الحال الذي تتجه إليه المطالبة؛ ولذا فإن ما يقبضه أحد الدائنين يكون شركة ويأخذ منه نصيبه. وهذا الرأي هو ما أخذت به المادة (١١١٢) من المجلة؛ فقد نصت على أنه: ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر. ويستفاد من هذا النص أنه لا يجوز تأجيل أحد الشركاء الدين المشترك؛ لأنه تصرف في حق الغير بلا إذن، وليس له تأجيل بعض الدين المشترك، أي حصته، لأنه لو جاز هذا التأجيل ألزم تقسيم الدين قبل القبض.

أما أبو يوسف - وهو رواية عن محمد - فقد ذهب إلى جواز تأجيل أحد الدائنين حصته، فتمتنع مطالبته بهذه الحصة، فإن أجل أحدهما نصيبه استقل القابض بما قبض خلال الأجل إلى أن يحل؛ لأن الأجل يمنع المطالبة، وإنما يصح التأجيل؛ لأن تصرف الإنسان في خالص ملكه صحيح، فينفذ قياسًا على الإبراء، فإن جاز له إسقاط حقه وإبراء مدينه منه فلأن يصح تأجيله أولى. لكن إذا حلَّ الأجل صح له أن يطالب، فإن كان الشريك قبض شيئًا خلال الأجل صحَّ له أن يرجع عليه بحصته فيه إن كانت باقية، وإلا ضمنه إياها. وهذا هو الأقرب إلى ما أخذت به المادة (٤٢٥) من القانون المدني الأردني، وما أخذت به المادة (١٨٧) من المرشد، وإن كانت هذه المادة قد قصرت الحق في التأجيل على المال الموروث دون القرض الذي منعت المادة (١٨٩) من تأجيله.

***

---

(١) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة : ٢٣٤.

الفَصْلُ الثَّانِي

في الدين المضمون

(مادة ١٩٠) إذا كان على عدة أشخاص دين، وكان كلٌّ منهم كفيلًا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم.

ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فإن دفع أحد منهم الدين بتمامه برئ الآخرون وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدًا على ما هو واجب عليه إن كانت الكفالة بأمرهم وإذا كان أحد منهم معسرًا فلا يَلْزَمُ الآخرين شيءٌ من حصته[1].

***

تتناول المواد (١٩٠ - ١٩٤) الوجه الآخر من تعدد طرفي الالتزام، وهو الذي يتعلق بالتضامن بين المدينين، وذلك بعد أن تناولت المواد السابقة (١٦٩ - ١٨٩) الوجه المقابل من هذا التعدد، وهو الخاص بالاشتراك في الدين، مما يظهر أن الفقه الإسلامي قد عرف نظام المدينين المتضامنين إلى جانب نظام الاشتراك في الدين.

وتوضح المادة (١٩٠) صورة التضامن بين المدينين الناشئة عن الاتفاق بينهم بموجب كفالة كل منهم للآخر، وتتضمن هذه الصورة تعدد المدينين واتفاقهم على كفالة الدين. وحكم هذا النوع من التضامن بين الدائنين حق الدائن في مطالبة أي من الغرماء أو كلهم، ولو طالب أحدهم كان له أن يطالب غيره من سائر المدينين بالدين كله. ولو دفع أحدهم حصته وحصة غيره من الدين كان له أن يرجع على الآخرين بحصتهم في الدين.

وقد تناولت المواد (٤٢٦ - ٤٤٠) من القانون المدني الأردني أحكام التضامن بين المدينين على نحو لا يخرج عما ورد في المواد (١٩٠، ١٩٤) من المرشد.

***

(مادة ١٩١) إذا كان للمديون كفيل بالدين المطلوب منه فللدائن عند حلول أجل الدين مطالبة أيهما شاء من الأصيل أو الكفيل وله مطالبة كليهما جميعًا[2].

تصح كفالة المدينين المتضامنين بناء على صحة تعدد الكفلاء في الفقه، ومعناه: أنه إذا كفل

---

(١) يستفاد حكمها من التنوير في الدين المضمون، جزء خامس نمرة: ٣٩٦، ومن الفتاوى الهندية، جزء ثالث نمرة: ٢٣٣.

(٢) يستفاد حكمها من الفتاوى الهندية، جزء ثالث نمرة: ٢٢٩، ومن حاشية أبي السعود، جزء ثالث نمرة: ٩.

أحد مدينًا فإنه يجوز أن يكفل آخرٌ هذا الكفيلَ، ويصح للدائن المكفول له أن يطالب الأصيل والكفيل والكفيل الآخر بالدين كله، ويكون الكفيل الأول بالنسبة للكفيل الثاني كالأصيل بالنسبة للكفيل المنفرد؛ لأن كل واحد منهم كفيل بكل الدين فلا يؤثر في ضمانه أن يضمنه غيره. ولا فرق في تعدد الكفلاء بين أن تكون كفالتهم على التعاقب أو تكون هذه الكفالة في عقد واحد عند المالكية، وفي قول للشافعية بخلاف الأحناف الذين فرقوا بين تعدد الكفلاء في عقد واحد وبين تعددهم على التعاقب طبقًا لما توضحه المادتان التاليتان من المرشد.

***

(مادة ١٩٢) إذا كان على أحد دينٌ كَفَلَهُ عنه كفيلان أو أكثر كفالة متعاقبة بأن كفل كل منهم جميع الدين منفردًا بدون أن يكفل أحد منهم عن صاحبه فللدائن أن يطالب بدينه كُلًّا من الأصيل والكفلاء فإن دفعه أحدهم برئ الآخرون، وليس للدافع من الكفلاء أن يرجع بشيء مما دفعه على أصحابه، وإنما يكون له الرجوع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره[1].

توضح هذه الكفالة حكم تعاقب الكفلاء الذين يكفل كل منهم للدائن الدين كله، وأنه يحق للدائن أن يطالب الأصيل وأيًّا من الكفلاء بالدين كله، ويبرأ الجميع من مطالبة الدائن إذا أدَّاه أحدهم إليه، ولا يرجع الذي أدَّى الدين على سائر الكفلاء بما أداه، وإنما يرجع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره، فإن أدى الدين بغير أمر الأصيل - كما جاء في المادة - لم تكن هناك كفالة، وكان المؤدي متبرعًا فيما أداه، ولهذا فإن التضامن بين المدينين لا ينشأ إلا باتفاقهم أو بحكم شرعي، كما هو الحال في شركة المفاوضة في الفقه الإسلامي، وهو ما قد تشير إليه المادة (٤٢٦) مدني أردني، ونصها: « لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون ».

وقد جاءت المادتان (٤٢٧، ٤٢٨) مدني أردني بالأحكام المترتبة على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين، ونصهما:

المادة (٤٢٧) « إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدينَ بتمامه برئ الآخرون ».

المادة (٤٢٨)

١ - « للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعيًا ما يلحق علاقته بكلِ مدين من وصف يؤثر في الدين.

---

(١) يستناد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٣٩٧، ومن الهندية في التضامن، نمرة : ٢٣٤، ومنها جزء ثالث نمرة : ٢٢٩، ومن الحامدية، جزء أول نمرة : ٢٨٧.

٢ - ولكل مدين أن يعترض عند مطالبته بالوفاء بأوجه الاعتراض الخاصة به أو المشتركة بين المدينين فحسب ».

وهو ما جاءت به المواد (٢٨٥) مدني مصري، (٣٢١) عراقي، (٣٤٦) كويتي، والمادة (٢٧٢) مشروع مدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن الفقه الإسلامي يعرف نظام التضامن بين المدينين الذي يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة، ما دام ذا صبغة مالية، ويقوم كذلك في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل، وهم أيضًا مدينون متضامنون بالتعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوبًا لخطأ أحدهم دون الآخرين، وهناك أيضًا تضامن اتفاقي بين المدينين. فإذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد، وكان محله واحدًا، وتعدد المدينون وكفل بعضهم بعضًا كانوا جميعًا مدينين متضامنين.

والتضامن بين المدينين، سواء كان اتفاقيًا أو قانونيًا (في شركتي المفاوضة والعنان) يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين، ومن ثم فأحكام الكفالة هي التي تسري، ويجوز للدائن أن يرجع على أي مدين بكل الدين بصفته أصيلًا عن نفسه وكفيلًا للمدينين الآخرين، وكذلك يجوز لأي مدين أن يفي الدائن بالدين كله بصفته أصيلًا وكفيلًا. وإذا وفى أحد المدينين بالدين كله للدائن رجع على المدينين الآخرين ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم وله أن يرجع على كلٍّ منهم بحصته، كما أن له أن يرجع على أي منهم بحصته وبنصيبه في حصص الآخرين، ثم يرجعان معًا بالباقي على سائر المدينين. ويتبين من هذا كله أن الكفالة هي التي جعلت أساسًا للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي[١].

***

● **(مادة ١٩٣) إذا كان للمديون كفيلان أو أكثر كفلوا عنه الدين معًا في عقد واحد فللغريم أن يطالب كل واحد من الكفيلين بنصف الدين، حتى لو كانوا ثلاثة يطالب كل واحد منهم بثلث الدين لا بجميعه[٢].**

إذا تعدد الكفلاء بالدين في عقد واحد فإن الدين ينقسم عليهم بحسب رؤوسهم في المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي وفي قول عند الشافعية؛ لأن الضامن للدين

---

(١) الوسيط، عبد الرزاق السنهوري : ٣/ ٣٣٥ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية : ٣٠٣ - ٣٧٨، وانظر كذلك: بدائع الصنائع : ٦/ ١١ وما بعدها وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٨٦.

(٢) يستفاد حكمها من شرح الدر في التضامن، نمرة : ٣٩٧، ومن الحامدية جزء أول نمرة : ٢٩١.

مجموعهم فصاروا في ضمانه شركاء، والمكفول به يقبل الانقسام فوجب أن يقسم عليهم بحسب رؤوسهم. والقول الآخر في المذهب الشافعي: أن كل واحد منهم يكفل الدين كله، ولا فرق طبقًا لهذا القول بين ضمان الكفلاء في عقد واحد أو على التعاقب؛ حيث يضمن الكفيل الدين كله في الحالين[1].

ويتفق ما ذهب إليه الجمهور مع ما أخذت به القوانين المدنية العربية؛ فالمادة (٧٩٢) مدني مصري تنص على أنه:

١ - « إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولًا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٩٧٤) أردني، (١٠٢٤) عراقي، (٧٥٩) كويتي.

وفي المادة (٦٤٧) من المجلة العدلية أنه « لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين، وإن كانوا قد كفلوا معًا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين ».

وفي المادة (٦٢١) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة أن « تعدد الكفيل بالمال جميعه على التعاقب جائز، ويكون كل منهما مطالبًا بالدين جميعه، وما أداه أحدهما لا يرجع بشيء منه على الكفيل الآخر. أما إذا كفل كل من الكفيلين صاحبه بجميع الدين وبأمره، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على شريكه إن شاء ثم يرجعان على الأصيل، أو يرجع بالكل على الأصيل دون شريكه ».

وفي المادة (٣٣٩) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب مالك أنه « إذا تعدد الحملاء ندين واحد واستقل كل واحد منهم بضمانه فللدائن أن يأخذ جميع دينه من أي واحد منهم ولو تيسر أخذه من غيره، وليس لمن أخذ منه الدين أن يرجع بشيء منه على غيره من الحملاء. وإن لم يستقل كل واحد بالضمان واشترط الدائن عليهم حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ جميع الدين من أي واحد منهم إن تعذر الأخذ من غيره، ويرجع المأخوذ منه على غيره من

---

(١) الموسوعة الفقهية : ٣٤/ ٣١٠، وفتح القدير : ٦/ ٢٣٨، وحاشية الدسوقي : ٣/ ٣٤٢، ونهاية المحتاج : ٤/ ٤٤٤، والمغني : ٥/ ٩٥.

الحملاء. فإن لم يشترط عليهم حمالة بعضهم عن بعض أو تعذر الأخذ من الجميع فإنه يأخذ من كل واحد ما يخصه فقط من قسمة الدين على عددهم »[١].

***

(مادة ١٩٤) إذا تعدد الكفلاء بدين كفلوه لصاحبه على التعاقب في عقود متفرقة، ثم كفل كل منهم عن صاحبه وضمن جميع الدين الذي التزم به، فللغريم مطالبة كل منهم بجميع الدين، فإن أداه أحدهم برئ الآخرون ويرجع المؤدي على أصحابه بحصتهم حتى لو كانوا ثلاثة يرجع على الكفيلين[٢] الآخرين بالثلثين وهذا إذا ظفر بهما، فإن ظفر بأحدهما يرجع عليه بالنصف ثم يرجعان على الثالث بالثلث ثم يرجعون جميعًا على الأصيل بكل الدين، وإن ظفر المؤدي بالأصيل قبل أن يظفر بغيره رجع عليه بكل ما أداه عنه بأمره[٣].

إذا تعدد الكفلاء للمدين على التعاقب في عقود متفرقة مع الاتفاق على التضامن فيما بينهم، فإن كلًّا منهم يضمن الدَّين جميعه، وللغريم مطالبة أيهم بالدين، فأيهم أداه يبرأ الآخرون من المطالبة بالأداء إلى الدائن، لكن الكفيل الذي أدَّى الدين كله يحق له الرجوع على الكفلاء المتضامنين معه بحصصهم، فإن كانوا ثلاثة رجع على كل واحد منهم بالثلث، وإن كانوا أربعة رجع على كلٍّ منهم بالربع، إلا إذا تعذر الرجوع على أحدهم لغيابه أو عدم معرفة محل إقامته أو غير ذلك فإن الآخرين يتحملون حصته إلى أن تتغير حاله. وإنما كان للكفيل الذي أدى الدين الحق في الرجوع على الكفلاء الآخرين في هذا النوع من الكفالة المتعاقبة؛ لاتفاقهم على التضامن فيما بينهم. أما لو تعدد الكفلاء في كفالة متعاقبة بأنْ كَفَلَ كلٌّ واحد منهم المدين دون اتفاقهم على التضامن فيما بينهم فإن علاقتهم تكون مع المدين وحده، فأيهم أدَّى الدين لا يرجع به على الكفلاء الآخرين، وإنما يرجع به على المدين الأصيل وحده، وهذا هو ما اتضح في شرح المادة (١٩٢) السابقة الذكر.

ويتفق ما جاء في المادة (١٩٤) مع ما جاء في المادة (٩٧٥) مدني أردني، ونصها: « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفَّى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم ».

وتتناول التشريعات العربية المدنية العديد من أحكام التضامن بين المدينين على نحوٍ

---

(١) شرح مجموع الأمير : ٢/ ١٦٩.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « الكليفين » والمثبت هو الصحيح.

(٣) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٣٩٧، ومن الهندية، جزء ثالث نمرة : ٢٣٤.

أكثر تفصيلًا مما أورده المرشد، وإن اتفقت هذه التشريعات فيما أوردته من تفصيلات بشأن التضامن بين المدينين مع الأسس العامة للفقه الإسلامي؛ فالقانون المدني الأردني على سبيل المثال يورد في المواد (٤٢٩ - ٤٤٠) أحكام العديد من الفروع المتعلقة بمفهوم التضامن بين المدينين. وسأنقل فيما يلي ما ورد في هذه المواد مع مذكرتها الإيضاحية توضيحًا لهذا المفهوم.

البَابُ الثَّانِي



في وفاء الدين والمقاصة والإبراء عن الدين وتجديد عقده وغير ذلك

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في وفاء الدين

(مادة ١٩٥) تقضى الديون بإيفائها نقدًا أو قصاصًا، أو بإبراء الغريم ذمة المديون، أو بإحالة الدين ونقله من ذمة المدين إلى ذمة غيره، أو بتجديد عقد الدين، أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام، ولا تسمع دعوى الدين على المدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وإن لم يسقط الحق بمرور الزمان[١].

تتناول هذه المادة أوجه الوفاء بالدين التي قد تكون بإحدى الوسائل التالية:

١ - إيفاء الدين نقدًا إذا كان محل الوفاء نقدًا معينًا معلومًا. والقاعدة أن يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلًا، فلا يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير حقه، ولو كان هذا الشيء مساويًا له[٢].

٢ - المقاصة، وهي إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه، وهذا هو تعريفها طبقًا لما جاء في المادة (٣٤٢) مدني أردني.

٣ - إبراء الغريم ذمة المديون مِنْ حق له عليه، وينقضي الدين بهذا الإبراء إذا كان مختارًا واجتمعت فيه شروط أهلية التبرع. وقد تناولت المواد (٤٤٤ - ٤٤٧) مدني أردني، أحكام الإبراء.

٤ - إحالة الدين ونقله من ذمة المدين إلى ذمة غيره. وقد جاء تعريف الحوالة وبسط أحكامها في المواد (٩٩٣ - ١٠١٧) من القانون المدني الأردني مع ما يقابلها في غيره من القوانين المدنية العربية، وهو ما سنتعرض له في حينه.

٥ - تجديد عقد الدين، وهو ما أوضحت أحكامه المادة (٣٥٢) مدني مصري.

٦ - فسخ العقد المترتب عليه الالتزام، فيما يطلق عليه: الإقالة.

---

(١) ليس عليها تأشير بمأخذها.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٧٦ وما بعدها.

٧ - مرور الزمان المقدر طبقًا لما جاء في هذه المادة بمضي خمس عشرة سنة دون عذر معتبر، يقطع مرور هذه المدة التي لا تسمح دعوى الدين بمضيها وإن لم يسقط الحق بمجرد انقضاء هذه المدة، حتى لو أقر المدين بالدين بعد مرور المدة المذكورة وجب عليه أداؤه.

وسنوافي شرح أوجه الوفاء بالدين التي أجملتها هذه المادة مع المقارنة بالقوانين المدنية العربية الحديثة، طبقًا للخطة التي سار عليها المرشد في المواد التالية.

***

(مادة ١٩٦) يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إن كان الدين مشتركًا[1].

يتحقق الوفاء فيما حددته هذه المادة إذا قام به الأصيل الذي عليه الحق نفسه أو كفيله أو شريكه إذا كان الدين مشتركًا؛ وذلك لأن كلًّا من كفيله أو شريكه مطالب بهذا الوفاء، ولو امتنع الدائن من قبول الحق الذي يؤديه؛ أي من هؤلاء، يكون متعنتًا، فيسأل عما يترتب على هذا التعنت من ضرر، طبقًا لقواعد الفقه الإسلامي العامة التي تنفي الضرر، وتعتبر التسبب فيه موجبًا للضمان، وإنما جاز الوفاء من الكفيل والشريك في الدين؛ لأن لهما مصلحة في الوفاء بالدين، وهو انقطاع المطالبة به عنهما.

وقد تعرضت المادة (٣١٧) مدني أردني لهذا المعنى، ونصها:

١ - « يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء.

٢ - ويصح أيضًا ممن لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن اعتراضه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه:

١ - « يصح الوفاء من المدين نفسه أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، كالوصي والوكيل. على أن للدائن أن يستلزم الوفاء من المدين نفسه إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك.

٢ - ويصح الوفاء أيضًا من كل ذي مصلحة فيه كالكفيل والمدين المتضامن.

٣ - ويصح كذلك ممن ليست له مصلحة فيه، كما هي الحال فيمن يقوم بقضاء الدين عن المدين تفضلًا، ولو على غير علم منه. بل وللغير أن يقوم بالوفاء رغم ممانعة المدين، وفي هذه الحالة لا تكون له صفة الفضولي ويلزم الدائن قبول الوفاء من الغير في هذه الأحوال

---

(١) يستفاد حكمها من الخانية، نمرة: ٥٨.

جميعًا. ولا يمتنع هذا الالتزام إلا حيث يعترض كل من الدائن والمدين معًا على الوفاء من غير ذي مصلحة فيه. ولا يكفي في ذلك اعتراض أحدهما استقلالًا. فإذا اعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله. وإذا اعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام أن المدين لم يقم بإبلاغ اعتراضه ».

وتتفق هذه المادة مع (٣٢٣) مدني مصري، (٣٧٥) عراقي، (٣٩١) كويتي.

***

● (مادة ١٩٧) يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره[١].

تستكمل هذه المادة ما جاء في سابقتها فتبيِّن صحة الوفاء بالدين من غير المدين الذي ليست له مصلحة في الوفاء به، سواء كان ذلك بأمر المدين أو بغير أمره. وهذا هو ما نصت عليه القوانين المدنية العربية طبقًا لما سبقت الإشارة إليه في شرح المادة السابقة.

***

● (مادة ١٩٨) من قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية كما إذا قضى دينه بأمره أو أنفق من مال نفسه على عيال غيره ومن تلزمه نفقتهم بأمره رجع على الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترطه[٢].

يضاف فعل المأمور إلى الآمر، فيبرأ الآمر بدفع دين المأمور إلى دافعه، ويرجع المأمور على الآمر بما دفعه وبما تحمله من مغارم في أداء ما عليه من ديون، وتقيم هذه المادة « قضاء دين الغير » سببًا من أسباب الالتزام وإنشاء الديون باعتباره فرعًا من فروع الإثراء على حساب الغير، أو الكسب بلا سبب أو الإثراء بلا سبب، والقاعدة العامة التي نصت عليها المادة (١٧٩) مدني مصري (٣٤٣ عراقي، ٢٦٢ كويتي، ٣٩٣، ٣٩٤ أردني) أن كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائمًا ولو زال الإثراء فيما بعد. ومستند هذه القاعدة قوله ﷺ: « **لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبًا ولا جادًا** »[٣]، وقوله ﷺ: « **على اليد ما أخذت حتى تؤدي** »[٤]، وكذا القاعدة الفقهية المنصوص عليها في المادة (٩٧) من المجلة العدلية، ونصها: « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ».

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٢٩.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء ثانٍ نمرة: ٩٢٨، وجزء رابع نمرة: ٣٩٤.

(٣) سنن أبي داود: ٤/ ٣٠١ برقم (٥٠٠٣).

(٤) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦ برقم (٣٥٦١)، نيل الأوطار للشوكاني: ٦/ ٤٠، ٦٢.

ويترتب على هذه القاعدة أن من قام بالوفاء بدين أو واجب على غيره، كما إذا قضى دين هذا الغير بأمره أو أنفق على من تلزم هذا الغير نفقته بأمره، فإنه يرجع على هذا الغير بما أنفقه، سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترطه، وهذا هو ما نصت عليه المادة (٣٠٩) مدني أردني، ولفظها: « من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الآمر بما أداه عنه، وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به، سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط ».

ويدخل تحته ما نصت عليه المادة (١٣١٠) من المجلة العدلية في تعمير الملك المشترك إذا احتاج إلى هذا التعمير، وأذن له الحاكم في ذلك، فإنه يرجع على شريكه بحصته فيما أنفقه على تعمير الملك المشترك. وقد نص الكاساني على أنه إذا رهن الولي مال الصبي بدين نفسه وأدرك الولد، والرهن قائم عند المرتهن، وقضى الولد دين أبيه ليفك الرهن عن ماله لم يكن متبرعًا، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه؛ لأنه مضطر إلى قضاء الدين؛ حيث لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين فلم يكن متبرعًا، بل يكون مأمورًا بالقضاء من قبل الأب دلالة، فيرجع عليه بما قضاه[1]. ومن وجد ضالة وأنفق عليها بأمر القاضي يكون ما أنفقه دينًا على مالكها وإذا أنفق بغير أمر القاضي يكون متبرعًا[2].

***

(مادة ١٩٩) من قضى مغارم غيره بأمره أو أدى عنه عوائد أو رسومًا مطلوبة منه بأمره أو كفل عنه لغريمه دينه بأمره ودفعه إليه فله الرجوع بما دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه[3].

تتعلق هذه المادة بسابقتها في التفريع على قاعدة الإثراء على حساب الغير أو الكسب بلا سبب، وتفصِّل بعض ما أجملته المادة السابقة من حكمٍ عامٍّ يقضي بأن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه، سواء اشترطه أم لم يشترطه. وتنص المادة المذكورة على بعض صور الدين التي ينشئ التفضل بأدائها عن الغير حق من أداها في الرجوع على المدين، وتتمثل هذه الصور في أن يكون الدين قد نشأ على سبيل التعويض الواجب عن غصب أو إتلاف أو أي نوع آخر من التعدي، ومنه أن يكون قد أدى عنه عوائد ملكه أو رسومًا واجبة عليه أو دينًا كفله عنه وأداه.

ويدخل هذا كله تحت القاعدة القاضية بأن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه،

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٢٦. (٢) السابق: ٦/ ٢٠٣.

(٣) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة: ٣٩١، ٣٩٢.

سواء اشترط ذلك الرجوع أم لم يشترطه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين قد نشأ بعقد بيع أو إجارة أو قرض أو بإتلاف، وبين أن يكون واجبًا لفرد أو لجهة حكومية، كما لو كان الدين عوائد أو رسومًا مفروضة من الدولة. وتندرج هذه القاعدة ضمن نظرية الإثراء بلا سبب التي تناولتها القوانين المدنية العربية الحديثة بين مصادر الالتزام بقدر غير قليل من التوسع، بخلاف القانون الإنجليزي الذي لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدرًا من مصادر الالتزام إلا في حدود ضيقة، وأوسع ما يعترف به في ذلك الالتزام الناشئ عن دفع غير المستحق بنوع من الغلط في أمر من أمور الواقع، كما لو أدت شركة من شركات التأمين تعويضًا لمن لا يستحقه فإنه يحق لها أن تسترد ما دفعته، وكذلك لو حصل أحد الشركاء عند القسمة على حصة تبين أن قيمتها أكثر من حقه[1].

والأمر في الفقه الإسلامي محل خلاف؛ فعلى حين ذهب البعض إلى أن الإثراء بلا سبب مصدر عام للالتزام في الفقه الإسلامي، فقد ذهب آخرون إلى أن الفقه الإسلامي لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدرًا للالتزام إلا في حالات محدودة. ويبني آخرون مفهوم الإثراء بلا سبب في الفقه الإسلامي في كونه مصدرًا للالتزام على أساس الضرر؛ لأن شرطه «افتقار» من نشأ الالتزام لصالحه، وهو ضرر يستوجب الرفع، لعدم استناده لسبب شرعي يبرره ويوجب عدم تعويضه.

***

❁ (مادة ٢٠٠) إذا أمر أحد غيره بشراء شيء له أو ببناء داره من مال نفسه ففعل المأمور ذلك فله الرجوع على الآمر بثمن ما اشتراه له وبما صرفه على العمارة بأمره ولو لم يشترط الرجوع عليه[2].

لا تختلف هذه المادة عن سابقتها في تأكيد قاعدة أن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه. ويتعلق الفرع الوارد في هذه المادة بأن سبب نشوء الدين في ذمة المدين هو شراء شيء له أو بناء داره أو تعميرها ودفع نفقة ذلك من مال نفسه، ولا فرق بين أن يكون الدين قد نشأ بهذا السبب أو غيره مما أوضحته المادتان السابقتان في وجوب الرجوع على الآمر، سواء سبق اشتراط هذا الرجوع أو لم يشترط.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري: ١/ ٥٥ وما بعدها.

(٢) يستفاد حكمها من الدر في التوكيل بالبيع والشراء نمرة: ٥٥٩، وفي الهبة: ٧١٢.

(مادة ٢٠١) إذا أمر أحد غيره بأن يدفع عنه مبلغًا معلومًا إلى شخص معين، فإن كان المأمور بالدفع صيرفيًا أو شريكًا للآمر، أو خليطًا له بأن كان بينهما أخذ وعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله يبيع له أو يقرضه ما يطلبه، أو كان المأمور في عيال الآمر أو الآمر في عيال المأمور كولده أو والده أو زوجته أو ابن أخيه الذي في عياله أو خادمه ودفع ما أمر به - فله الرجوع بما دفعه على الآمر، سواء صرح في الأمر بأن يدفع قضاء عنه أو على أن ما يدفعه يكون دينًا له عليه أو يكون ضامنًا له أو لم يصرح بشيء من ذلك وسواء اشترط الضامن الرجوع عليه أو لم يشترطه[1].

تتفرع هذه المادة عن القاعدة ذاتها التي تفرعت عنها المواد الثلاث السابقة، وهي أن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه سواء اشترطه أو لم يشترطه. وإنما تأتي أهمية هذه المادة من إشارتها إلى الأعمال التجارية البارزة التي تمثل تطبيقات هذه القاعدة في المجتمعات الإسلامية، سواء في أعمال الصيارفة التي تشبه ما تقوم به البنوك في الوفاء بديون عملائها، أو في المشاركات أو وكالات أو ما يقوم به أفراد الأسرة من إيفاء لديون بعضهم البعض تيسيرًا لأعمالهم وبرًّا بهم بقطع المطالبة عنهم، خاصة في الأمور اليسيرة المتكررة كدفع فواتير المياه والكهرباء. والقاعدة التي يجرى تطبيقها في كل ذلك: أن قضاء دين الغير بأمره يوجب الرجوع عليه سواء صرح باشتراطه أو لم يشترطه، كما تقدم. ولا حاجة إلى تأكيد أن هذه القاعدة متفرعة عن النظرية العامة للإثراء بلا سبب أو الإثراء على حساب الغير الذي يعترف به الفقه الإسلامي مصدرًا من مصادر الالتزام، وهو ما سبقت الإشارة إليه قبل قليل.

* * *

(مادة ٢٠٢) إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور قد دفعه إليه أيضًا؛ فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر.

فإن أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الآمر قبل أداء الآمر فله الرجوع بماله إن شاء على القابض وإن شاء على الآمر[2].

يشترط لإيجاب رجوع المأمور على الآمر أن يكون المأمور قد تسبب بأدائه في إثراء الآمر، وذلك بأن يفي بما عليه من دين، أما لو أمره بالوفاء بما عليه من دين للغير ثم انقضت مدة اضطر الآمر أثناءها إلى الوفاء بالدين بنفسه، فإن ما يدفعه المأمور بعد ذلك لا يصادف

---

(١) يستفاد حكمها من الدر، جزء ثانٍ نمرة: ٩٢٨، وجزء رابع نمرة: ٣٧٦، ومن تنقيح الحامدية نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

(٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٣٧٧ ومن الأنقروية، جزء ثانٍ نمرة: ٥٠.

الدين الواجب على الآمر، فلا يكون قد تسبب في إثرائه فلا يرجع على الآمر، وإنما يرجع على مَنْ دفع إليه مالًا يستحقه، وهذا فرع آخر من فروع الإثراء بلا سبب، طبقًا لما سيأتي توضيحه عند شرح المادة (٢٠٧) مرشد.

ويلفت النظرَ هذا التشابهُ الواضح بين هذه المادة وما جاءت به المادة (٢٣٧) مدني عراقي، ونصها: « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور قد دفعه إليه أيضًا؛ فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين. وإن كان الآمر هو الذي قضى الدين أولًا؛ فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر ».

ويتمثل الخلاف بين ما جاء في المرشد وفي القانون المدني العراقي: أنه إذا دفع المأمور الدين قبل الآمر فإن للمأمور الخيارَ في الرجوع على القابض أو الآمر طبقًا للمرشد، خلافًا للقانون المدني العراقي فإنه يرجع على الآمر وحده. أما إذا كان المأمور قد دفع الدين بعد قيام الآمر بدفعه فإنه لا يرجع على المأمور طبقًا للمرشد؛ وذلك لمخالفة الأمر بقضاء دينه الذي لم يعد قائمًا بعد وفاء الآمر الدين بنفسه، أما القانون المدني العراقي فيوجب تخيير المأمور في الرجوع على القابض أو على الآمر.

ومع ذلك فإن قاعدة « دفع غير المستحق » ستعطي الحق للمأمور في الأحوال كلها أن يرجع على القابض طبقًا لما سيأتي إيراده.

* * *

(مادة ٢٠٣) إذا لم يكن المأمور بالدفع صيرفيًّا ولا شريكًا للآمر ولا خليطًا له ولا هو في عياله ودفع ما أمر به، فإنما يرجع على الآمر بما دفعه إن كان قد صرح له في الأمر بأن يدفع عنه أو يقضي عنه، أو على أن يكون ما يدفعه دينًا عليه، أو صرح بأن يكون ضامنًا له ما يدفعه ويكون له في هذه الصورة حقُّ الرجوع بما دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع[1] عليه فإن أمره بالدفع أمرًا مطلقًا أو لم يصرح في أمره بشيء مما ذكر فلا رجوع للمأمور بشيء مما دفعه على الآمر، وإنما يكون له الرجوع على القابض واسترداد ما قبضه إن كان قبضه من غير أن يكون له حق على الآمر فإن قبضه بحق فلا رجوع للدافع عليه بشيء[2].

تشترط هذه المادة لإيجاب رجوع المأمور على الآمر بما دفعه من دين واجب عليه أن يذكرا الحق في الرجوع على الآمر صراحة بالنص على ذلك أو دلالة بقرينة العرف، كأن

(١) في طبعة دار الفرجاني « الرجوح » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

يكون صيرفيًا يودعه الناس أموالهم ويفي بالتزاماتهم من هذه الأموال، أو يكون شريكًا أو خليطًا له؛ لأنه يكون وكيلًا له مأذونًا عرفًا بأداء ما عليه، ومشترطًا دلالة أن يكون ما يؤديه عنه من حصته التي له. أما إن لم تكن هناك قرينة تدل على اشتراط الرجوع على الآمر، وكان الأمر مجردًا وعامًّا فإن أداء المأمور الدين على الآمر يحمل على التبرع، ولا حق له في الرجوع على الآمر مما أداه. وليس هذا هو الشرط الوحيد لإيجاب الرجوع ففي المادة التالية إيراد شرط آخر لعدم حمل أداء المأمور على التبرع.

* * *

❁ (مادة ٢٠٤) في كل موضع لا يملك المدفوع إليه المال مقابلًا بملك مال لا يرجع المأمور بما أنفقه على الآمر إلا إذا اشترط الرجوع عليه.

فمن أمر غيره بأن يهب عنه مبلغًا لشخص معين أو يقرضه مبلغًا، أو أمره بأن يحج عنه أو يؤدي زكاة ماله ونحو ذلك من الواجبات الأخروية؛ ففعل المأمور ذلك وأنفق من ماله ما أمره به، فلا يرجع بشيء مما أنفقه على الآمر إلا إذا اشترط الضمان والرجوع عليه[1].

تتناول هذه المادة الشرط الآخر لقيام حق المأمور في الرجوع على الآمر بما أداه عنه، ويتمثل هذا الشرط في أن يكون الدين الذي أداه المأمور مقابلًا بالمال، أي أن يكون قد أدى عنه واجبًا من الواجبات الدنيوية، طبقًا لما أشارت إليه المادة (١٩٨) السابقة الذكر. لكن لو أدى عنه بأمره ما ليس واجبًا عليه، كما لو أمره أن يهب عنه مبلغًا لشخص معين أو أن يقرض شخصًا، فإنه لا يرجع على الآمر بما أداه من ذلك؛ لأن الهبة أو الإقراض ليس واجبًا شرعًا، وإنما قد يكون مباحًا أو مندوبًا إليه، فلا يتوافر الشرط المنصوص عليه لقيام الحق في الرجوع على الآمر. وكذلك لو أدى عنه واجبًا من الواجبات الشرعية التي لا تقابل بالمال، كما لو أمره أن يحج عنه أو يتصدق عنه أو أن يؤدي زكاة ماله، فإنه لا يرجع على الآمر بما أداه عنه لعدم تحقق الشرط.

* * *

❁ (مادة ٢٠٥) إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المديون سواء قبل أو لم يقبل ويكون الدافع متبرعًا لا رجوع له على المديون بشيء مما دفعه بلا أمره ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه.

إنما إذا كان الدائن قد أبرأ المديون بعد استيفاء دينه من المتبرع يكون للمتبرع

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

في هذه الصورة الرجوع على القابض بما دفعه إليه[1].

لا حق لمن أدى الدين عن غيره بلا أمره في الرجوع على المدين رغم استفادته سقوط الدين عنه، سواء قبل ذلك أو لم يقبل، ويكون الدافع متبرعًا بما دفع، ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه؛ لأنه استوفى دينه الواجب له. ويستثنى من ذلك ما جاء في المادة (٢٠٣) التي أوجبت الرجوع إذا دل العرف على اشتراطه، كأن يكون المؤدي للدين صيرفيًا أو شريكًا أو في عيال المدين أو ما يماثل ذلك من الأحوال التي يضطر فيها المأمور لدفع الدين، كأن يكون له مال مرهون في الدين ويضطر إلى افتكاك ماله المرهون بدفع الدين الواجب ليستعيد ماله.

وقد جاء ذلك في المادة (٣١٠) مدني أردني، ونصها:

١ - « من أوفى دين غيره دون أمره فليس له الرجوع بما دفعه على المدين إلا وفقًا للمادة (٣٠١)، ولا على الدائن إلا إذا أبرأ المدين من الدين ولو بعد استيفاء دينه منه.

٢ - فإذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين ».

وهو ما جاء في المادة (٢٣٩) مدني عراقي، ونصها: « إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين، سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعًا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحةً في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع ».

***

● (مادة ٢٠٦) إذا أرسل المديون الدين مع رسوله إلى الطالب فضاع في يد الرسول قبل وصوله إلى الطالب ضاع من مال المديون، وإن أمر الطالب المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الطالب فدفعه إليه وضاع في يده فضياعه من مال الطالب ويبرأ المديون من الدين[2].

يد الرسول يد مرسله، فإذا ضاع المال من الرسول كان على مرسله. وهذا ما تناولته هذه المادة؛ فإنه إذا أرسل المدين الدين مع رسوله فضاع منه لم يحسب على الدائن ولم يتحقق الوفاء بالدين، ويجب عليه الوفاء به. أما إذا أرسل الدائن أحدًا إلى المدين وأمره بالدفع إلى رسوله فدفعه إليه امتثالًا لأمر الدائن كان الضياع عليه، وسقط من حقه مقدار ما دفعه المدين

---

(١) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية، جزء أول نمرة: ٢٨٦، ٢٨٧.

(٢) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء أول نمرة: ٣٤٣.

إلى رسول الدائن، ويبرأ المدين مما يقابل ما دفعه من الدين إلى رسول الدائن.

***

● (مادة ٢٠٧) من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق[1].

تتناول هذه المادة فرعًا آخر من فروع القاعدة العامة للإثراء بلا سبب، وهو المعروف في القوانين المدنية العربية « بدفع غير المستحق ». لقد تناولت المواد السابقة من فروع الإثراء بلا سبب « قضاء دين الغير الواجب عليه »، وتتناول هذه المادة الفرع الآخر للإ ثراء بلا سبب، وهو « دفع غير المستحق ».

ومفهوم هذا الفرع طبقًا لما أوضحته هذه المادة أن يؤدي أحد مالًا لآخر ظانًّا أن هذا الأداء واجب عليه، فلو تبين له خطؤه في هذا الظن كان له أن يرجع على القابض بما أداه. ومستند الحكم بذلك قاعدة: « لا عبرة بالظن البين خطؤه »، وقاعدة: « لا عبرة بالتوهم »، وقد نص فقهاء المذهب الحنفي على العديد من الفروع المترتبة على هاتين القاعدتين.

من ذلك: أنه لو دفع إلى قاضٍ أو غيره من الموظفين مالًا للوصول إلى حقه ثم ندم فإنه يرجع بما دفعه، وهو رشوة. وكذا لو دفع لمطلقته بعد انتهاء عدتها ما يظنه نفقة لها واجبة عليه، ثم ظهر له انتهاء عدتها فإنه يرجع بما أداه إليها. ومنه أن يطالبه أحد بالوفاء بما عليه من دين، ثم تبين أنه غير مدين له بشيء فإنه يرجع بما قبضه منه. وبهذا يتبين أن دفع غير المستحق مصدر من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

وهذا هو ما ورد في المادة (٢٩٦) مدني أردني، ونصها: « من أدى شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استردادُهُ ممن قبضه إن كان قائمًا، ومثلُهُ أو قيمَتُهُ إن لم يكن قائمًا ».

ويتعلق بذلك ما ورد في المادة (٢٩٧) مدني أردني، ونصها: « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم لأن تنفيذ الدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق ».

وتشمل مادة المرشد (٢٠٧) كل الحالات التي يتحقق فيها دفع غير المستحق، ومن أوضح ما تشمله أن يثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أداه مطلقًا، كما إذا أوفى الوارث بدين لم يلتزم مورثه به، وكما إذا قام أحد العاقدين في عقد باطل بالوفاء بالتزامه، وكذا لو قام بدفع تعويض عن حادث ظن خطأً أنه مسؤول عن الأضرار الناشئة عن هذا الحادث. وكذا لو أدى

(١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٢٧.

دينًا وجب بعقد موقوف أو معلق بشرط لم يتحقق.

ويتأكد اعتبار الفقه الإسلامي قبض غير المستحق مصدرًا من مصادر الالتزام، النصوصُ العديدة التي تحرم أخذ مال الغير بدون سبب شرعي يبيح هذا الأخذ. ففي الحديث الشريف: **« لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبًا ولا جادًا »**[١]. وفي الحديث كذلك: **« على اليد ما أخذت حتى تؤدي »**[٢]. وقد ذكر ابن نجيم: أنه لو ظن شخص « أن عليه دينًا فبان خلافه رجع بما أدى »، وأن من دفع شيئًا ليس واجبًا عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة[٣]. ومن دفع رشوة له أن يستردها؛ لأن العقد الذي دفع به الرشوة باطل[٤].

ولا يبعد عن ذلك ما جاءت به المادة (١٨١) مدني مصري، ونصها:

١ - « كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقًا له وجب عليه رده.

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ».

وهو ما جاء في المواد (٢٣٢) عراقي، (٢٦٤) كويتي، (١٩٦) مدني أردني.

***

● (مادة ٢٠٨) رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه أو من مال كفيله وهو على صفته فله أخذه بلا رضاه[٥].

تتناول هذه المادة مسألة كثر الخلاف فيها، وهي مسألة « الظفر بالحق ». ومعنى الظفر بالحق: الاستيلاء عليه وأخذه والفوز به واستيفاؤه برضا من عليه الحق أو بغير رضاه، وقد يكون بقضاء أو بغير قضاء.

ويحرم استيفاء العقوبات من غير قضاء استنادًا إلى مبدأ « الظفر بالحق »، سواء في الحدود والتعازير أو في القصاص؛ لأن ذلك لا يكون إلا عن طريق القضاء، ولوجوب الاحتياط في إثباتها واستيفائها؛ ولأن هذا يؤدي إلى إشعال الفتن[٦]. وكذا لا يجوز استيفاء الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضرار من غير طريق القضاء.

---

(١) سنن أبي داود: ٤/ ٣٠١ برقم (٥٠٠٣).
(٢) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦ برقم (٣٥٦١).
(٣) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: ١/ ١٩٤.
(٤) مجمع الضمانات، ص: ٤٥٩.
(٥) يستفاد حكمها من ابن عابدين، فصل السرقة، نمرة: ٢٧٦، ٢٧٧، ومن الأنقروية، نمرة: ٣٣١.
(٦) مغني المحتاج: ٤/ ٤٦١، ومنح الجليل: ٤/ ٣٢١، وقواعد الأحكام: ٢/ ١٩٨، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص: ٢٧٩.

لكن يجوز إعمال مبدأ الظفر بالحق فيما يتعلق بتحصيل الأعيان المستحقة المغصوبة، فمن وجد عين سلعته في يد الغاصب كان للمغصوب منه أن يستردها قهرًا عنه. واشترط المالكية ألا يؤدي استرداد العين المغصوبة على هذا النحو إلى ضرر يزيد على ضرر ضياع الحق، كأن يتهمه الغاصب بسرقة ماله، فلا يأخذها المغصوب منه إلا بعد الرفع للحاكم. ومثل ذلك كل عين مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق؛ فلو اشترى شيئًا أو ورثه أو أوصى له به فإن له أن يستوفيه بغير رضاء مَنْ وجده في يده[1].

ومذهب الأحناف أن من كان له دين على آخر ولم يوفه، فإن له أن يأخذ مقدار دينه من مال الغريم إذا كان من جنس حقه وبنفس صفته، فإن كان حقه دنانير، ووجد دنانير لغريمه أخذ منها ما يقابل حقه، ولا يجوز له أن يأخذ دراهم مثلًا مقابل الدنانير التي على غريمه، استنادًا إلى مبدأ الظفر بالحق، سواء كان هذا الغريم مقرًّا بالحق أو منكرًا، وسواء كان للدائن بينة أو لم يكن، كما يجوز له أن يتوصل إلى أخذ حقه بنحو كسر باب أو ثقب جدار إذا لم يكن هناك طريق للظفر بحقه سوى هذا[2]. وزاد ابن نجيم في ذلك أنه: « إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما ينبغي أن يجوز له أن يأخذ منه مقدار حقه»[3]. وبهذا لا ينحصر إعمال مبدأ الظفر بالحق في تحصيل الأعيان المستحقة، وإنما يمتد ليشمل تحصيل الحقوق المترتبة في الذمة، وأكثر منه ما زاده ابن نجيم: أنه يجوز اللجوء إلى هذا المبدأ لتحصيل الحقوق المترتبة في ذمة شخص معين من ديونه التي له في ذمة شخص آخر.

ولا يبعد المالكية عما ذهب إليه الأحناف، وإن أضافوا بعض القيود، فقد نصوا على أن جواز أخذ الحق بدون رفع إلى القاضي مقيد بأن يكون الحق مجمعًا على ثبوته، وأن يتعين فيه بحيث لا يحتاج إلى اجتهاد في تحقيق سببه، وألا يؤدي أخذه إلى فتنة وشحناء وألا يؤدي إلى فساد عرض أو عضو. وهذا هو مذهب الشافعية كذلك.

وإذا تأملنا اشتراط المالكية لجواز اللجوء إلى الظفر بالحق بغير رضاء من عليه الحق: ألا يؤدي آخذ الحق إلى فتنة وشحناء أو إلى ضرر أشد عن امتناع تحصيل الحق - فإننا قد نصل إلى امتناع اللجوء إلى أسلوب الظفر بالحق في الواقع؛ لما يؤدي إليه في الغالب من الشحناء والفتن وتبادل الاتهامات؛ ولهذا ذهب جمهور الحنابلة إلى المنع منه. وهو ما يعبر عنه ابن قدامة بقوله « إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه، فإن أخذ من ماله شيئًا بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز

(١) حاشية ابن عابدين: ١/ ٢٩٠، ومغني المحتاج: ٤/ ٤٦٢، وكشاف القناع: ٤/ ٢١١، ومنح الجليل: ٤/ ٣٢١.
(٢) البحر الرائق: ٧/ ١٩٢. (٣) السابق.

له أن يملك عليه عينًا من أعيان ماله بغير اختياره إلا لضرورة.. وإن كان مانعًا له لأمر يبيح له المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز له أن يأخذ شيئًا من ماله.. وإن كان مانعًا له وقدر على استخلاصه بالحاكم أو بالسلطان لم يجز له الأخذ أيضًا بغيره.. وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحدًا له ولا بينة له به فليس له أخذ قدر حقه في المشهور بين المذهب[١].

ولا يمتنع إقرار مبدأ الظفر بالحق في النظر الحقوقي في بعض التطبيقات المحدودة، وإن أدى الاعتراف به على وجه العموم إلى التناقض مع التفكير القانوني الحديث الذي يحدد إجراءات الوصول إلى الحقوق وأوجه إثباتها وطرق استيفائها، وإلا لأخذ كل فرد القانون في يده وأعمله وفق تفسيره ومصلحته، مما يؤدي إلى إثارة التشاحن والمنازعات والتقاتل، وينبغي لهذا أن يسد هذا الباب.

وقد استند الفقهاء في إقرارهم « الظفر بالحق » إلى حديث هند بنت أبي سفيان التي اشتكت إمساك زوجها، وقوله ﷺ لها: « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ». وينبغي فهم هذا الحديث في إطاره وتعلقه بزوجة تأخذ من مال زوجها بالمعروف دون أن تطلعه، مما لا يثير فتنًا ولا يعد خروجًا على عادة الناس وأعرافهم؛ فالأموال التي تكفي نفقة الزوجة والأموال في يد أفراد الأسرة، ولا يشمل ذلك بالطبع الأموال التي في عهدة الزوج أو خزانته أو حساباته المصرفية، ولا حجة في هذا الحديث لإقرار مبدأ الظفر بالحق على النحو الذي اتجه إليه الأحناف والمالكية والشافعية.

ويحق القول بأن مذهب الحنابلة قدم تطويرًا فقهيًا يتفق مع مقررات التفكير القانوني المنهجي. غير أننا لا يجب أن نترك هذا الموضوع دون تنبيه إلى أن جمهور الفقهاء في اتجاههم لإقرار مبدأ « الظفر بالحق » غلب عليهم التفكير فيما يسمى بالواجب ديانة على حين اتجه فقهاء الحنابلة للتفكير في الأمر في إطار ما هو واجب قضاء. والموضوع بحاجة إلى بحث مطول لا تناسبه هذه العجالة.

***

● (مادة ٢٠٩) إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه[٢].

تتناول هذه المادة موضوعًا قانونيًا بالغ الأهمية يأتي تحت عنوان « رفض الوفاء »، وهو أن يرفض الدائن استيفاء دينه الذي يقدمه له المدين. وقد رسمت هذه المادة الطريق أمام

(١) المغني: ٩/ ٣٢٥ - ٣٢٧.

(٢) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع، نمرة: ٢٤١.

المدين بأن يرفع الأمر إلى القاضي لإجبار الدائن على قبض الدين؛ لأنه قد يكون متعنتًا في رفضه استيفاء الدين، وقد يضر المدين بهذا التعنت، فيلجأ إلى القاضي ليرفع عنه هذا الضرر.

وتبدأ هذه المادة من عرض المدين الدين على الدائن عرضًا فعليًّا صحيحًا، وما ترتب على ذلك من رفض الدائن استيفاء الدين، وهو ما يخول المدين حق رفع الأمر إلى القاضي لإجبار المدين على الاستيفاء. وتكتفي هذه المادة بالإشارة إلى عرض الدين على الدائن وإعطاء المدين الحق في رفع الأمر إلى القضاء لإجبار الدائن على الاستيفاء. وهو ما يتشابه مع الأسلوب المتبع في القانون الألماني الذي اكتفى بمجرد إعذار الدائن[1].

أما القانونان المصري المادة (٣٣٤) والسوري (٣٣٢) فقد حددا الكثير من التفصيلات المتعلقة بإعذار الدائن، وما يترتب على هذا الإعذار من نتائج، وكيفية عرض الدين، والإجراءات المتبعة في ذلك، والحق في إيداع الدين على ذمة الدائن بعد هذا الإعذار، وقد جاءت المادة (٣٣٤) مدني مصري بالنص على أنه: « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضًا صحيحًا، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي » وتضيف المادة (٣٣٥) من هذا القانون أنه: « إذا تم إعذار الدائن تحمَّل تبعة هلاك الشيء أو تلفه وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن ووقف سريان الفوائد والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر ».

وتقابل هاتان المادتان المواد (٣٥٨، ٣٨٦)، مدني عراقي، (٣٢٢، ٣٢٣) مدني أردني، (٤٠١) كويتي.

ولا تأتي مادة المرشد المذكورة بمثل هذا التنظيم المفصل في حالة رفض المدين قبول الوفاء بالدين، وإنما جاءت بحكم عامٍّ مجمل يتسع لهذه التفصيلات ولا يمنع منها. ويشير إلى حق المدين في إيداع الدين بعد إعذار المدين ما جاء في قواعد ابن رجب أنه: « لو أتاه الغريم بدينه في محله، ولا ضرر عليه في قبضه فإنه يؤمر بقبضه أو إبرائه، فإن امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه »، وجاء فيه كذلك أنه: « إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى، أن يقبضه الحاكم، وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مكان الممتنع بولايته ».

لقد أشار القدوري إلى مرحلة إعذار المدين وعرض الدين عليه، كما أشار ابن رجب

---

(١) الوسيط للسنهوري: ٣/ ٧٣٢.

إلى المرحلة الأخرى التي تلى ذلك، وهي مرحلة إيداع الدين في خزانة المحكمة، وهاتان هما المرحلتان اللتان عنيت القوانين المدنية العربية تنظيمها تنظيمًا مفصلًا ودقيقًا؛ لشدة الحاجة إلى هذا التنظيم في ظروف تشابك المعاملات في الحياة الحديثة.

***

(مادة ٢١٠) إذا كثرت غرماء المدين وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم، فله أن يقدم من شاء منهم ويؤثره على غيره وإن قضى دين أحدهم فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم[1].

تتناول هذه المادة حكم تعدد غرماء المدين إذا كثرت ديونهم، وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة؛ فلو قدم أحدهم وآثره على غيره من الدائنين لم يكن لهم أن يطالبوا بمشاركته فيما قبضه بنسبة استحقاقهم. ومحل ذلك ألا يكون هناك تضامن بين الدائنين باتفاق بينهم أو بحكم الشرع كما تقدم، وألَّا يكون قد حجر القاضي عليه ومنعه من التصرف في أمواله، خلافًا للمالكية الذين يرون أن إحاطة ديون المدين بأمواله، ومساواة العناصر السلبية للذمة لعناصرها الإيجابية كافية للحكم بالمنع من التصرف، أما الأحناف وجمهور الفقهاء فيرون: أن الإحاطة وحدها ليست كافية، وإنما يشترط مع ذلك أن يحكم القاضي بالتحجير؛ لأن مصلحة الدائنين أنفسهم قد تقتضي ترك المدين بعمل لا مستدرك خطؤه، أو لمرور السوق بضائقة يتوقع انفراجها في القريب العاجل أو لأي عامل آخر. وهكذا فإن حرية المدين في تقديم بعض غرمائه وإيثارهم على غيرهم طبقًا لما جاء في هذه المادة مقيدة بعدم قيام التضامن بين الدائنين، وعدم صدور حكم من القاضي[2] بالتحجير على المدين تمهيدًا لبيع أمواله وقسمة ثمنها بين الغرماء بالتحاصص فيما بينهم، طبقًا لما قد أوضحته مواد المرشد الأخرى.

***

(مادة ٢١١) كل دين صح تأجيله فأجله صاحبه أو قسطه إلى أقساط معلومة وقبل ذلك المدين لزم تأجيله، وليس للدائن بعد ذلك الرجوع في الأجل أو التقسيط، ولا مطالبة المديون بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله[3].

تتناول هذه المادة حكم تأجيل الدين وتنجيم الوفاء به إلى نجوم أو أقساط معلومة،

(١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٢٢، ومن الهندية، جزء خامس نمرة : ٦٧.

(٢) القاعدة: ١١٠، والقاعدة : ٢٣ من قواعد ابن رجب الحنبلي.

(٣) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة : ٢٣٤، والحامدية في الدين، نمرة : ٢٢٥، ٢٢٦.

والحكم الذي أجملته المادة هو صحة تأجيله كله إلى وقت مستقبل معلوم أو تنجيم الوفاء به إلى أوقات محددة؛ كأن يؤدي بعضًا محددًا منه كل شهر أو شهرين أو ثلاثة أو أكثر أو أقل. وتوضيح ذلك فيما يلي:

أَجَلُ الشيء في اللغة: مدته ووقته الذي يحل منه، والآجل خلاف العاجل، والأجل بهذا: هو المدة المستقبلة التي يضاف إليها أمر من الأمور، سواء كانت هذه الإضافة أجلًا للوفاء بالالتزام أو أجلًا لإنهاء الالتزام، ويتنوع الأجل من جهة إثباته إلى أن يثبت من جهة الشرع كالعدة، أو بالقضاء، أو بالاتفاق، وذلك هو الأجل الذي يثبت باتفاق بين الملتزم والملتزم له على مدة محددة للوفاء بالالتزام، وذلك كاتفاقهما على الوفاء بثمن المبيع أول شهر كذا أو بعد أسبوعين، أو ما إلى ذلك. وقد بيَّن السَّرَخْسِيُّ والكاساني: أن الأجل أمر لا يقتضيه العقد، وإنما شُرع رعايةً للمدين على خلاف القياس[1].

وقد اتفق الفقهاء على صحة التأجيل إذا كان الأجل معلومًا، محددًا بزمان بعينه، لا يختلف من شخص إلى شخص، وذلك بأن يكون محددًا بالأيام أو الشهور أو السنة. يدل على اشتراط معلومية الأجل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولإفضاء الأجل المجهول إلى المنازعة.

***

(مادة ٢١٢) إذا كان الدين مؤجلًا فللمديون أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول[2].

تتناول هذه المادة حكم إسقاط الأجل من قبل المدين بتعجيله الوفاء بالدين قبل حلول أجله. وحكم هذا الإسقاط الجواز؛ ذلك أنه لما كان الأجل قد شُرع رفقًا بالمدين وتمكينًا له من وفاء الدين في الوقت الذي يتيسر له فيه الوفاء، ورعايةً لحاله فقد صح له أن يسقط أجل الدين، ويعجل الأداء به، ويلزم الدائن قبض الدين إذا لم يؤدِّ ذلك الإسقاط للأجل إلى الإضرار بالمدين، كأن كان الأداء في مكان مخوف، أو أثناء سفر المدين وغيبته وبعده عن محل الوفاء، أو كان في وقت كساد السوق، أو ارتفعت تكلفة تخزينه إلى حين المدة التي يرد الطلب فيها على السلعة أو غير ذلك من الظروف التي تؤدي إلى الإضرار بالمدين. ويتفق مع مذهب الأحناف في هذا مذهبُ المالكية والشافعية والحنابلة[3].

---

(١) المبسوط : ١٣/ ٢٤، البدائع : ٥/ ١٧٤.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٤١.

(٣) فتح القدير : ٥/ ٢٤٥، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ١٧٧، والدسوقي : ٣/ ٢٢٦، والمهذب : ١/ ٣٠١، وكشاف=

ولو تراضى الدائن والمدين على إسقاط شرط التأجيل صح ذلك بلا خلاف بين الفقهاء.

* * *

(مادة ٢١٣) من عليه الدين إذا قضاه قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض أو وجد زيوفًا فرده الدائن عاد الدين مؤجلًا كما كان[١].

هذه المادة تفريع على سابقتها التي تناولت صحة إسقاط المدين أجل الوفاء والتعجيل به. أما هذه المادة فتقضي بأنه إذا أسقط المدين حقه في الأجل وعجل بالوفاء، ثم ظهر استحقاق بدل الوفاء الذي عجل به أو لم يصح الوفاء بما أوفى به لوجود نزاع قضائي عليه أو لعيب فيه، أو لأي سبب آخر يمنع صحة الوفاء بما أوفى به معجلًا، فإن الأجل يعود كما كان، ويصبح من حق المدين أن يدفع الدين في الأجل المعين له.

* * *

(مادة ٢١٤) الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المديون[٢].

تتناول هذه المادة حكم سقوط أجل الدين بموت الدائن أو المدين الذي اختلف فيه الفقهاء؛ فذهب الحنفية والشافعية إلى أن الأجل يبطل بموت المدين لانتهاء ذمته، ولأن فائدته للمدين أن يتجر بماله أو يستثمره كي يؤدي الدين من نمائه، وقد امتنع ذلك، فيبطل الأجل بموت المدين موتا حقيقيًا أو حكميًا، كما لو لحق مرتدًا بدار الحرب فيما نص عليه الأحناف.

ويتفق المالكية مع الأحناف في ذلك؛ إذ يرون أن « الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه أو موته على المشهور»؛ لأن الذمة في الحالتين قد خرجت، والشرع قد حكم بحلوله، ولأنه لو لم يحل يلزم تمكين الوارث من قسم التركة أو بقاء التركة غير مقسومة إلى حين الوفاء بالدين بعد حلول أجله، وكلاهما باطل لمخالفته قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء: ١١]، فلزم القول بحلوله. ولو طلب بعض الغرماء بقاء الدين إلى أجله لم يُجَبْ إلى ذلك، ولو طلب كل الغرماء الوفاء بالدين في أجله أجيبوا إلى ذلك.

وللحنابلة رأيان، أولهما: يتفق مع ما سبق ذكره، والآخر: أن أجل الدين لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة أو غيرهم الدين بِرَهْنٍ أو كفيلٍ مليء؛ لأن الأجل حق للميت، فيورث

= القناع: ٣/ ٣٠١، والمغني: ٤/ ٣٤٦.

(١) يستفاد حكمها من الدر، جزء رابع نمرة: ٢٣٤، والخانية، جزء ثالث نمرة: ٧٧.

(٢) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٢٥.

عنه كسائر حقوقه، وكما لا تحل الديون التي له بموته فلا تحل الديون التي عليه بموته أيضًا. لكن إذا تعذر التوثق حل الدين لغلبة الضرر.. ولا يسقط منه شيء في مقابلة الأجل[١].

وقد استدل الحنابلة على أن الدين المؤجل لا يحل بموت المدين عند توثيق الورثة بأن الأجل حق للمدين فلا يسقط بموته، ولأن الموت ما جعل مبطلًا للحقوق، وقد قال النبي ﷺ: « من ترك مالًا فلورثته »[٢]، وما قيل بسقوطه بالموت هو حكم مبني على المصلحة، وهي لا تتحقق بالنسبة للورثة الذين قد يضر بهم إجبارهم على تعجيل الوفاء بدين مؤجل. وقد انحازت المادة إلى رأي الأحناف الذين ذهبوا إلى حلول الدين المؤجل بموت المدين لا بموت الدائن احتياطًا لحق الدائن الذي قد وثق بالتعامل مع المدين نفسه، لا مع ورثته فيجب أن يؤخذ الدين طبقًا لهذا الرأي من تركة الميت قبل قسمتها، وهو ما قد يشهد له قوله تعالى في الميراث: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [النساء: ١١].

* * *

● (مادة ٢١٥) إذا كان الدين حالًا فليس للمديون أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلًا للتبعيض، إنما إذا كان المديون معسرًا لا يمتلك شيئًا لوفاء كل الدين يجوز له إمهاله وينظر إلى ميسرته[٣].

تتناول هذه المادة ما يعرف في اصطلاح القوانين المدنية العربية: تجزئة الدين. وتتفق هذه المادة مع هذه القوانين في أنه: لا يصح إجبار الدائن على قبول بعض حقه عند حلول أجل الوفاء به؛ ذلك أنه إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء فلا يجوز إلزام الدائن بقبول الوفاء بجزء منه، ولو كان قابلًا للانقسام، فالأصل أن يستأدي الدائن الدين كله، لكن ترد على هذا الأصل بعض الاستثناءات منها فيما نصت عليه مادة المرشد أن يثبت إعسار المدين بجزء من الدين، ولا يستطيع أداءه كله فيؤدي ما يقدر عليه وينظر إلى ميسرة فيما بقي من الدين، وقد يعين القاضي أجلًا يمهل المدين إليه للوفاء بالدين كله، طبقًا لما يراه مصلحة للدائن والمدين. ويمكن تجزئة الوفاء إذا اتفق الطرفان عليها.

وقد يتصور إعمال قاعدة تجزئة الوفاء إعمالًا عكسيًّا لمصلحة المدين، بأن يصر على أداء

---

(١) رد المحتار : ٤/ ٢٤، وبدائع الصنائع : ٥/ ٢١٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٣٥٧، والأشباه والنظائر للسيوطي ص.: ٣٢٩، ومغني المحتاج : ٢/ ١٤٧، والخرشي : ٤/ ١٧٦، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٢٦٥، وكشاف القناع: ٣/ ٤٣٨، والمغني : ٤/ ٤٨٥.

(٢) سنن أبي داود : ٣/ ١٢٣ برقم (٢٨٩٩).

(٣) يستفاد حكمها من الخانية، جزء ثالث نمرة : ٢٣١.

الدين كله إذا أراد الدائن تجزئة الوفاء به.

ولو كان هناك نزاع في بعض أجزاء الدين بين الدائن والمدين، واتفقا على جزء منه، فإن للدائن أن يطالب بالوفاء الجزئي للقدر المتفق عليه من الدين، ويجبر المدين على الوفاء بهذا القدر مع ترك الباقي في المتنازع فيه لما يسفر عنه النزاع.

وهذا هو ما نصت عليه المواد (٢٤٢) مدني مصري، (٣٣٠) مدني أردني، (٣٩٣) عراقي، ونصها الذي يقارب نص مادة المرشد: « إذا كان الدين حالًّا فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض، ولو كان قابلًا للتبعيض ».

ونص المادة (٣٣٠) مدني أردني أنه:

١ - « ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.

٢ - فإذا كان الدين متنازعًا في جزء منه، وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء ». وتضاف المصروفات ونفقات الوفاء التي يتحملها المدين إلى الدين لتحسب مما يجب على المدين الوفاء به.

***

❁ (مادة ٢١٦) إذا دفع المديون أحد دينين واجبين في ذمته وكان أحدهما مطلقًا والآخر مشمولًا بكفالة أو برهنٍ، أو كان أحدهما قرضًا والآخر ثمن مبيع، أو كان أحدهما مشتركًا والآخر خاصًّا، واختلف مع غريمه في الدين المدفوع يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه[1].

تعرض هذه المادة لحكم أحوال تعدد الديون الواجبة على مدين واحد، إذا كانت هذه الديون من جنس واحد، وكان المبلغ المدفوع لا يفي بالديون جميعها، واختلفت هذه الديون في توثق بعضها بكفالة أو رهن دون بعضها الآخر، أو اختلفت أسبابها بأن وجب بعضها بقرض وبعضها الآخر ببيع أو كان أحدهما مشتركًا والآخر خاصًّا، واختلف المدين مع غريمه في تعيين أي من هذه الديون المتعددة هو الذي تم وفاؤه به. ولما كان المدين يملك إجبار الدائن على استيفاء الدين ما دام الوفاء صحيحًا فإنه هو الذي يملك أن يعيِّن أي هذه الديون هو المستوفى بما أداه. وهذا هو ما تفيده هذه المادة بإطلاق، دون إشارة إلى أي قيد، وكأن المدين هو الذي يملك تعيين ما وفاه من الديون في أي وقت، ودونما نظر إلى

(١) يستفاد حكمها من الحامدية، جزء ثانٍ نمرة: ٢٢٢، ومن الخيرية، نمرة: ٦٨.

ما قد يوجد من اتفاق أو مانع يمنع حريته في تعيين ما يشاء من ديونه المتعددة بما أوفاه.

وعلى الرغم من اتفاق المادة (٣٣٢) مدني أردني مع ما جاءت به مادة المرشد المذكورة فإن المادة القانونية قد قيدت الإطلاق الوارد في المرشد، وهذا هو نص المادة (٣٣٢) مدني أردني:

« إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعًا، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول دون هذا التعْيين ».

وهكذا فإن المدين هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء، ولكن ذلك مقيد - كما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة - بأن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع، وبألا يكون هناك مانع اتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين. ويقوم المانع الاتفاقي إذا كان عند الدفع، كما لو اتفق الدائن والمديون أن الدين هو دين معين، فلا يملك أي من الدائن أو المدين بإرادته المنفردة أن يعين دينًا آخر.

ويقوم المانع القانوني في حالات منها: أنه لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع دينًا أكبر قيمة من المبلغ المدفوع؛ لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي، والدائن لا يجبر - كما تقدم - على قبول الوفاء الجزئي. فإن لم يوجد مانع اتفاقي أو قانوني كان المدين حرًّا في تعيين الدين المدفوع، فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين المضمون برهنٍ أو كفالة دون الدين غير المضمون. والمدين في تعيين الدين المدفوع ليس مقيدًا بمراعاة مصلحة الغير، فليس عليه أن يقدم دينًا يشترك فيه مدينون متضامنون أو دينًا غير قابل للتجزئة أو دينًا له كفيل، فمصلحته هي التي يرعاها، وليست مصلحة الغير.

وقد نصت المذكرة الإيضاحية على إيثار الأخذ بصياغة هذه المادة وفق ما جاء به القانون المصري (٣٤٤) والسوري مادة (٣٤٢) دون الصياغة التي أتى بها المرشد واستمدها القانون المدني العراقي لعمومها في مادته (٣٩٣)، ونصها: « إذا دفع المدين أحد دينين واجبين في ذمته، وكان أحدهما مطلقًا والآخر مشمولًا بكفالة أو برهن، أو كان أحدهما قرضًا والآخر ثمن مبيع، أو كان أحدهما مشتركًا والآخر خالصًا أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه واختلف الطرفان في وجهة الدين يعتبر قول المدين في جهة الدفع ». وتقترب هذه الصياغة من نص مادة المرشد المذكورة.

***

❁ (مادة ٢١٧) إنما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله إن كان صاحب الدين بالغًا عاقلًا غير محجور عليه فإن كان قاصرًا أو كبيرًا مجنونًا أو محجورًا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي للصغير أو المجنون أو من قاض أو وَصِيِّه للسفيه المحجور عليه[1].

تحدد هذه المادة من يصح له الوفاء بالدين، وهو الدائن أو من ينوب عنه بالوكالة إن كان الدائن بالغًا عاقلًا غير محجور عليه، أو وليه إن كان غير بالغ أو غير عاقل أو سفيه، أو للقاضي أو وصيه في الأحوال التي تستوجب ذلك بإذن المحكمة، وهو ما قد سبق تناوله عند التعرض للإيداع في المحكمة إذا رفض الدائن استيفاء الدين بعد إعذار المدين.

وتطابق هذه المادة ما جاء في المواد (٣٣٢) مدني مصري، (٣٩٩) كويتي، (٣٨٣) عراقي، ونصها:

١ - « يصح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور، فإن كان محجورًا فلا يصح دفع الدين للدائن، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصي أو قيم.

٢ - فإذا دفع الدائن الدين إلى الدائن المحجور فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين، بل إذا هلك ما دفعه، أو ضاع من المحجور فللولي أو الوصي أو القيِّم مطالبةُ المدين بالدين ».

وهو ما تناولته المادتان (٣٢٠، ٣٢١) مدني أردني، ففي المادة (٣٢٠) أنه: « يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقًا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيًا ». وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن « الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين، وله أن ينيب عنه وكيلًا في ذلك، ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقًا للأحكام العامة في الوكالة على أنه... التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصيًا. فإذا اتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين. وتثبت صفة استيفاء الدين كذلك لمن ينوب عن المدين نيابة قانونية أو قضائية ولمن يخلفه ».

وفي المادة (٣٢١) مدني أردني أنه « إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٠.

إلا بالوفاء لوليه. وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين ». وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: « إذا كان الدائن عديم الأهلية وناقصها لصغر أو جنون أو نحوه ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء مبرئًا لذمة المدين إذا حصل للدائن عديم الأهلية أو ناقصها نفسه. وعلى المدين أن يفي لوليه أو وصيه أو القيِّم عليه كي تبرأ ذمته. فإذا وفى للدائن عديم الأهلية أو ناقصها لم تبرأ ذمة المدين. فإذا هلك الشيء الموفى به في يد عديم الأهلية أو ناقصها أو ضاع من يده فللولي أو الوصي أو القيم على الدائن مطالبة المدين بالدين ».

* * *

❁ (مادة ٢١٨) إذا كان صاحب الدين قاصرًا أو كبيرًا مجنونًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع المديونُ إليه الدينَ المطلوب له فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين، بل إذا هلك ما دفعه أو ضاع من القاصر أو من الكبير المجنون أو المحجور عليه فلولي الصغير والمجنون أو وصيهما وللقاضي أو وصيه على الكبير المحجور عليه مطالبةُ المديون بالدين[١].

تتعلق هذه المادة بسابقتها التي حددت مَنْ يصح له الوفاء بالدين، وهو الدائن أو نائبه من وكيل أو ولي أو قاضٍ أو وصي، ومن تطبيقات القاعدة السابقة أن يتم الوفاء بالدين لمن في يده مخالصة به من الدائن باعتبار وجود هذه المخالصة في يد أحد قرينةً على الإذن باستيفاء الدين من المدين. أما هذه المادة فتشير إلى حكم مخالفة هذا التحديد بأداء المدين الدين لمن ليس له الحق في استيفائه، وهو أنه لا عبرة بهذا الأداء ولا تبرأ ذمة المدين به، ويصح للولي أو الوصي أو القاضي المطالبة به.

وتوافق هذه المادة ما جاء في المادة (٣٣٣) مدني مصري والمادة (٣٨٤) مدني عراقي، ونصها: « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرًا كالوارث الظاهر ».

* * *

❁ (مادة ٢١٩) إذا كان المديون صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته[٢].

تتناول هذه المادة حكمَ دفع الصغير أو المعتوه أو المجنون الدينَ الذي يثقل كاهله،

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٠.

(٢) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦١.

وهو صحة هذا الدفع الذي هو من جملة خطاب الوضع الذي يتعلق بأفعال ناقص الأهلية، دون خطاب التكليف الذي لا تعلق له بأفعالهم؛ ولهذا فإن أيًّا من هؤلاء إذا قام بأداء الدين إلى المدين كان فعله هذا سببًا لانقضاء الدين وبراءة ذمته مما يثقلها من دين. وهو لن يجب عليه ذلك؛ لأنه من خطاب التكليف، لكن لو قام به سقط عنه وبرئت ذمته، بحكم أن ذلك من قبيل خطاب الوضع.

وقد نصت المادة (٣١٨) مدني أردني على ذلك ونصها: « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفى مالكًا لما وفى به، وإذا كان المدين صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررًا بالموفى ». وقد أضافت هذه المادة اشتراط عدم الإضرار بالصغير أو المعتوه والمجنون في الحكم بصحة الوفاء؛ رعايةً لمصلحة من ليسوا أهلًا للتصرف، بناء على بطلان تصرفاتهم الضارة بهم، وتوقف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على إذن أوليائهم، طبقًا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

* * *

(مادة ٢٢٠) إذا كان المديون محجورًا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجور عليها دينًا في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه[1].

تتناول هذه المادة حكم تعدد الدائنين الذين لا تفي أموال المدين بديونهم كلها، وأداء المدين الدين لبعضهم دون البعض الآخر، وهو ما قد تعرضت له المادة (٢١٠) مرشد، السابقة الذكر، وكانت هذه المادة قد بينت حق المدين في إيثار بعضهم بالوفاء. وتقيد المادة المتناولة بالشرح (٢٢٠مرشد) هذا الحق بألا يكون المدين محجورًا عليه؛ لأنه إن كان محجورًا تعلق الدين بأمواله، وتصير مرهونة به، وتغل يد المدين عن أي تصرف ضار بأي أحد من دائنيه، ومن ذلك أن يفضل أحد الدائنين ويؤثره على غيره، فيضر ذلك بسائرهم ويحق لهم المطالبة بقسمة ما أداه عليهم بنسبة ديونهم. وينطبق ذلك على المدين مرض الموت الذي تغل يده هو الآخر عن الإضرار بدائنيه بإيثار بعضهم أو بالتبرع بأمواله التي لا تفي بديونه.

وهذا ما تكفلت بتوضيحه المادة (٣١٩) مدني أردني، ونصها: « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المدين محجورًا للدين ووفى من المال المحجور

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء خامس نمرة: ٦٥، ومن ابن عابدين، جزء خامس نمرة: ١٣٠، والخانية، جزء ثالث نمرة: ٦٦٤.

أو مريضًا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين ».

* * *

● (مادة ٢٢١) يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه[1].

تعرض هذه المادة لشرط صحة وفاء المدين بالمؤدي بدلًا عن الدين الذي تعلقت به ذمته. وهذا الشرط هو ملكية المدين لما وفى به ملكًا سالمًا من استحقاق الغير، فلو أدى مالًا للدائن بدلًا عن الدين ثم ظهر هذا البدل مستحقًّا للغير ببينة تفيده واسترده مستحقه أو هلك بعد الحكم باستحقاقه فإنه يرجع على المدين بدينه ويطالبه بالوفاء.

وقد جاء النص في القوانين المدنية العربية على هذا الحكم؛ وفي المادة (٣٢٥) مدني مصري أنه « يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكًا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه »، وهو ما جاء كذلك في المادة (٣١٨) مدني أردني التي سبق إيراد نصها قبل قليل. ويتطابق نص المادة (٣٧٦) مدني عراقي مع مادة المرشد المذكورة، ونص المادة (٣٧٦) هذه أنه: « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لمادفعه، فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه، أو هلك وأخذ بدله، فللدائن الرجوع بدينه على غريمه ».

* * *

● (مادة ٢٢٢) إذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعيينه في العقد وهو مما يتعين بالتعيين فليس للمديون أن يدفع غيره بدلًا عنه بدون رضاء الدائن، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود وعين في العقد فللمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن[2].

تتناول هذه المادة أصلًا على قدر كبير من الأهمية في الوفاء بالديون، وهذا الأصل هو وجوب الوفاء بذات الشيء المستحق، ويتفق هذا مع الأصل العام المقرر في الفقه الإسلامي والقاضي بوجوب تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين. وطبقًا لذلك فإنه إذا أراد الغاصب رد قيمة المغصوب دون عينه لم يُجَبْ إلى ذلك، لتعلق حق المالك بعين ملكه دون قيمته، ولا يُصار إلى إيجاب القيمة إلا إذا تعذر رد العين ولم يكن لها مثل. وبهذا فإن الوفاء يكون بذات الشيء المستحق دون سواه. ولهذا فإنهما إذا اتفقا في عقد بيع على أن يعطيه الثمن شيئًا معينًا، وهو مما يتعين بالتعيين كثوب أو منزل أو سيارة مستعملة

---

(١) يستفاد من الأنقروية، نمرة : ١٨٢.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣٠.

لم يكن له أن يعطيه بدله، وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود الجديدة التي رآها في يده، فإنه لا يلتزم بدفع هذه النقود ذاتها؛ لأن أعيانها ليست محل اعتبار في التعامل، فله أن يعطي النقود ذاتها أو غيرها مما يساويها في القيمة. وتظهر قاعدة الوفاء بذات الشيء المستحق فيما إذا كان الالتزام بعمل معين واشترط قيام الأجير بالعمل بنفسه، فإنه لا يصح لهذا الأجير أن ينيب غيره في القيام بهذا العمل، وذلك كأن يشترط على طبيب معين إجراء عملية جراحية بنفسه، فإنه لا يعد موفيًّا ما التزم به إلا إذا قام هو نفسه بالعمل الملتزم به.

وهذا هو ما ورد في المواد (٣٤١) مدني مصري، (٣٩٠) مدني عراقي، (٣٢٩) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلًا عنه، دون رضاء الدائن، حتى لو كان هذا البدل مساويًا في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى.

٢ - أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وإن لم يرضَ الدائن ».

وتتناول هذه المواد بذلك « موضوع الوفاء » والمحل الوارد عليه.

* * *

(مادة ٢٢٣) محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه بما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها، فإن كان العقد مطلقًا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودًا به وقت العقد[1].

تتناول هذه المادة محل الوفاء بالدين ومكانه الذي يجب أن يتم فيه. وإنما لزم تحديده شرعًا وقانونًا لئلا يتضرر الدائن أو المدين بنقل الدين إلى مكان أبعد يستوجب بعض النفقة والجهد والوقت. والحكم الذي جاءت به المادة: أن مكان الوفاء الذي يجب فيه هو المكان المحدد في العقد، أو مكان انعقاد العقد إن كان الشيء الملتزم به مما له حمل ومؤونة، أو المكان الذي كان فيه الشيء الملتزم به وقت انعقاد العقد.

وينبني ذلك على ترجيح مصلحة المدين والتيسير عليه في الوفاء بما التزم به، وهو ما لا تخرج عنه نصوص القوانين المدنية العربية؛ ففي المادة (٣٣٦) مدني أردني أنه:

١ - « إذا كان محل الالتزام شيئًا معينًا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودًا

(١) يستفاد حكمها من رد المحتار، جزء رابع نمرة: ٢٨٧.

فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال ».

ويتفق ذلك مع المواد (٣٤٧) مدني مصري، (٤١٢) مدني كويتي، (٣٩٦) مدني عراقي، ونصها:

١ - « إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها، وكان العقد مطلقًا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت العقد.

٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقًا بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك ».

الفَصْلُ الثَّانِي

في المقاصة

❁ (مادة ٢٢٤) **المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه**[١].

تتناول هذه المادة تعريف المقاصة على النحو الذي ورد فيها. والمقاصة مصدر قاصه إذا كان له عليه دين مثل ما على صاحبه، فيجعل أحدهما في مقابلة الآخر، أي قصاصًا به. والحكم المترتب على المقاصة هو الإسقاط للدينين المتقابلين، ولهذا جرى تعريفها طبقًا لما جاء في المادة المذكورة بالإشارة إلى هذا الإسقاط الذي هو المقصود منها وأهم ما يترتب عليها، وبهذا تفيد المقاصة انقضاء الالتزام بأسلوب يختلف عن الوفاء به، وإن ترتب عليها ما يترتب على الوفاء المباشر. وبهذا فإن هناك طرقًا لانقضاء الالتزام؛ منها الوفاءُ به، وقد سبق التعرض لأحكامه في المواد السابقة. ومنها انقضاؤه بما يعادل الوفاء به، ويشمل ذلك في القوانين المدنية العربية كلًّا من:

١ - المقاصة.

٢ - التجديد.

٣ - الإنابة في الوفاء.

٤ - اتحاد الذمة.

وبهذا فإن المقاصة طريق لانقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين، كل منهما دائن ومدين للآخر في الوقت نفسه بمقدار الأقل من الدين[٢]. فلو كان أحدهما مدينًا في قرض بمائة لآخر، وباعه سلعًا بمائة وعشرة، سقطت مائة من الدينين بالمقاصة وبقيت عشرة. وبهذا تفيد المقاصة وفاءً للدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما، وهو المائة، بينما يبقى الجزء الباقي في ذمة المدين به، فالمقاصة أسلوب مزدوج للوفاء، تختلف طبيعته؛ إذ يتحقق بها الوفاء الكلي في الأقل من الدينين، ولا يتحقق بها سوى الوفاء الجزئي في الأكثر منهما؛ إذ يبقى دينًا ما يزيد عن الأقل.

---

(١) ليس مذكورًا لها مأخذ.

(٢) الوسيط للسنهوري: ٣/ ٨٧٣، و**القوانين الفقهية** لابن جزي ص: ٢٩٢، والخرشي: ٤/ ١٤٣، والموجبات في الشريعة الإسلامية، د. صبحي المحمصاني: ٢/ ٥٥٤.

وليس هذا الحسب؛ إذ تفيد المقاصة الضمان كذلك، حتى لا يدخل أيهما في قسمة الغرماء بقدر الأقل من الدينين.

وتقدم المقاصة التصور الغني المعتمد في الفقه الإسلامي للوفاء بالديون؛ ذلك أنه لا يتصور في الذهن قبض الدين؛ لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة، أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه قبض حقيقة، فكان قبضه بقبض بدله، وهو قبض الدين، فتصير العين المقبوضة مضمونةً على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية، فيليقان قصاصًا.

وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه؛ لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى، وهو المالية، والأموال كلها - في معنى المالية - جنس واحد.

وقد أدى هذا التصور الغني للوفاء بالديون واعتمادها على المقاصة إلى ضمور التمييز بين الطرق المختلفة لانقضاء الالتزام، في التحديد القانوني لهذه الطرق بالتمييز بين انقضاء الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو انقضاء الالتزام دون وفاء. وهو ما ستأتي الإشارة إليه فيما بعد.

***

(مادة ٢٢٥) المقاصة نوعان: جبرية تحصل بنفس العقد، واختيارية تحصل بتراضي المتداينين[1].

تتناول هذا المادة التفريق بين قسمي المقاصة، وهما المقاصة الجبرية، والمقاصة الاختيارية.

وتقابل المقاصة الجبرية في الفقه الإسلامي المقاصة القانونية في الاصطلاح القانوني، وهي: أن يكون كلا الطرفين دائنًا ومدينًا للآخر، وأن يتماثل الدينان جنسًا ووصفًا واستحقاقًا وقوة وضعفًا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن المقاصة الجبرية لا تقع، وإنما يجوز للطرفين أن يتفقا على إجرائها مهما كان اختلاف الدينين.

وهكذا فإن محل المقاصة الجبرية هو الدين، فلا تقع بين عينين، ولا بين عين ودين إلا إذا تحولت العين إلى دين، فإن تحولت جازت المقاصة بالدين الذي تحولت العين إليه.

وقد ذهب الحنفية إلى أنه: لو كان الدينان متفاوتين في الجنس والوصف أو الأجل، أو كان

---

(١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة: ٢٣١، ٢٣٢.

أحدهما مكسورًا والآخر صحيحًا لا تقع المقاصة الجبرية بينهما ما لم يتقاصَ المتداينان باختيارهما[١].

وقد جاءت المادة (٣٤٤) مدني أردني، بالتفريق بين أنواع المقاصة المختلفة، ونصها: «المقاصة إما جبرية، وتقع بقوة القانون، أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين، أو قضائية وتتم بحكم المحكمة ». ويلاحظ إضافة نوع ثالث هو المقاصة القضائية التي تتم بحكم المحكمة بعد التقدم إليها من أحد الطرفين برغبته في إجراء المقاصة.

* * *

(مادة ٢٢٦) يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالًّا والآخر مؤجلًا أو أحدهما قويًّا والآخر ضعيفًا فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف[٢].

تتناول هذه المادة شروط إجراء المقاصة الجبرية وتمسك المدين بها، ومن هذه الشروط اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية؛ لأن مبناها على الاعتياض والمبادلة، وهو جائز مع اختلاف الدينين في الجنس والوصف والقوة أو الضعف. وبهذا فإنه يشترط في المقاصة الجبرية أو القانونية (في اصطلاح القوانين العربية) ما يأتي:

١ - وجود دينين متقابلين لطرفين مختلفين، يكون كلٌّ منهما دائنًا ومدينًا للآخر.

٢ - تماثل الدينين واتحادهما جنسًا ووصفًا، بأن يكونا من نقد معين أو من المثليات المتشابهة، كالأرز والقمح والذرة وما إلى ذلك. ولا يمنع وقوعَ المقاصة الجبرية اختلافُ سبب الدين؛ كأن ينشأ أحدهما من بيع والآخر من قرض أو إتلاف أو غير ذلك.

٣ - خلو الدينين من النزاع ووجوب الوفاء بهما عند حلول وقت الوفاء به. وبناء عليه لا تتحقق المقاصة إذا كان الوفاء بأحد الدينين معلقًا على شرط لم يقع.

٤ - مطالبة أحد الدائنين بالمقاصة، إلا إذا اتفق الدينان أصلًا، أو حلًّا معًا فتقع المقاصة بنفسها دون طلب.

وقد جاءت هذه الشروط في المادة (٣٤٥) مدني أردني، ونصها: « يشترط في المقاصة

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٣٤، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٢٣١، ٢٣٢.

الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنًا ومدينًا للآخر، وأن يتماثل الدينان جنسًا ووصفًا واستحقاقًا وقوة وضعفًا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير ». وفي المادة (٣٤٦) من هذا القانون تنص على أنه: « يجوز أن تتم المقاصة الاتفاقية إذا لم يتوافر أحد شروط المقاصة الجبرية، سواء اتحد سبب الدينين أم اختلف ».

***

● (مادة ٢٢٧) إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين؛ فإن كان لأحدهما مائة ريال دينًا على الآخر وللمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصًا بقدر الريالات، ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقي منها[1].

تتناول هذه المادة حكم إجراء المقاصة وما يترتب عليها، وهو انقضاء الالتزام في الدينين بقدر الأقل منهما، كما تقدم. وهي بهذا وفاء حكمي للدينين في الوقت نفسه في حدود القدر الأقل منهما. ويتصور بعض القانونيين المقاصة على أنها تفيد إيفاء دين واحد هو السابق منهما تاريخًا في مقابل اللاحق.

وتقابل هذه المادة ما جاء في المادة (٤١٣) مدني عراقي، ونصها: « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ».

وفي المادة (٢٥٠) مدني أردني أنه: « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها، وتقع بقدر الأقل من الدينين ».

***

● (مادة ٢٢٨) إذا كان للمستودع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد فلا تصير قصاصًا بالدين إلا إذا اجتمعا وتقاصا حالة كون الوديعة موجودة في يد الوديع حقيقة فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان الوديعة ويأخذها[2].

تتناول هذه المادة حالة من الحالات التي لا تُجري فيها المقاصة الجبرية رغم استيفاء شروطها، استثناء من الأصل الذي يوجب إجراء المقاصة إذا اجتمعت شروطها. وتتمثل هذه الحالة المستثناة المذكورة هنا فيما إذا كان للوديع دين على المودع فلا يجوز له الاستيلاء على الوديعة ولو كانت من جنس الدين، ولا يجبر المودع على ذلك، لكن لو رضي به أمكن إجراء المقاصة الاختيارية.

وتتفق القوانين العربية في النص على هذا الاستثناء اقتداءً بالمرشد، مما يدل على

(١، ٢) يستفاد حكمها من شرح الدر، جزء رابع نمرة : ٢٣١.

عمق تأثير مرشد الحيران في صياغات القوانين المدنية العربية الحديثة؛ إذ تتوارد المواد (٣٦٤ب) مدني مصري، (٣٤٨) مدني أردني، (٤١٠) مدني عراقي، على أنه: لو كان للمودع لديه دين في ذمة المودع أو كان للمستعير دين في ذمة المعير، فلا تقع المقاصة القانونية (الجبرية في الاصطلاح الفقهي) بين الدينين. والقصد من الحكم بعدم إجراء المقاصة في هاتين الحالتين أن الوديعة والعارية من عقود الأمانة التي أريد حمايتها والحفاظ على ثقة المتعاملين فيها.

وقد نص الأحناف على أنه إذا كان لرجل وديعة وللمودع على صاحب الوديعة دين هو من جنس الوديعة، لم تصر الوديعة قصاصًا بدين إلا إذا اجتمعا وتقاصًا، حالة كون الوديعة موجودة في يد الوديع حقيقة، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان الوديعة ويأخذها[1]. ويشبهه ما ذكره الزركشي من الشافعية في أنه: « إذا كان لشخص على الفقير دين، فقال: جعلته عن زكاتي لا يجز به في الأصح حتى يقبضه، ثم يرده إليه إن شاء كما لو كان له وديعة »[2].

***

(مادة ٢٢٩) إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه إلا إذا تقاصا وكانت العين مقبوضة في يده، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان العين المغصوبة ويأخذها[3].

تتناول هذه المادة استثناء آخر من وجوب إجراء المقاصة رغم استيفاء شروطها، ويتمثل هذا الاستثناء فيما إذا كان للغاصب دين على المغصوب منه، واتفق المغصوب مع الدين في الجنس والوصف فلا تُجرى المقاصة بينهما إلا إذا رضي مالك المغصوب بإجرائها، وأمكنه وضع يده عليه؛ لئلا تكون هناك شبهة إجبار له على إجراء المقاصة في هذه الظروف. والقصد من هذا الاستثناء هو الحفاظ على حقوق الملك وإجبار الغاصب على رد العين المغصوبة إلى صاحبها أولًا قبل إجابته إلى طلبه بإجراء المقاصة؛ لما قد تنطوي عليه هذه الاستجابة من التشجيع على التعدي على أموال الناس.

وقد تواردت القوانين العربية على التنويه بهذا الاستثناء مما يدل على عمق أثر المرشد

(١) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٣٩، والفتاوى الهندية : ٣/ ٢٣٠.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي: ١/ ٣٩٦.

(٣) يستفاد حكمها من الأنقروية، جزء أول نمرة : ٣١١.

فيها؛ فالمادة (٤١٠) مدني عراقي تنص على أنه: « إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، والدين والوديعة من جنس واحد، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها، فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصًا بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي ». وهو ما جاء في المادة (٣٤٨) مدني أردني، ونصها:

« إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة، والدين من جنس الوديعة أو العين المغصوبة فلا تجرى المقاصة إلا باتفاق الطرفين ».

وهو ما جاء في المادة (٣٦٤ أ) مدني مصري.

وقد نص الحنفية على أنه إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه، إلا إذا تقاصا، وكانت العين مقبوضة في يده، فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان العين المغصوبة ويأخذها[١]. وأخذ المغصوب منه العين في يده وإجرائه المقاصة عند ذلك قرينة على الرضا التام بالتقاص، لكن لا ينحصر الرضا التام في هذه الحالة، وإنما يمكن الاطمئنان إليه بأشكال أخرى.

* * *

❁ (مادة ٢٣٠) إذا أتلف الدائن عينًا من مال المديون وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا وإن كانت من خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضيهما[٢].

تتناول هذه المادة حكم إجراء المقاصة فيما إذا أتلف الدائن عينًا من أموال المدين، وفيه تفصيل ذكرتْهُ المادة: وهو أنه إذا كان المال الذي أتلفه الدائن من جنس الدين وقعت المقاصة الجبرية أو القانونية، وإن كان من خلاف جنسه أمكن إجراء المقاصة الاختيارية. وتجرى هذه المادة وفق الأحكام العامة للمقاصة الجبرية التي يشترط لإجرائها اتحاد الدينين في الجنس، بخلاف المقاصة الاختيارية التي لا يشترط فيها ذلك، ولا فائدة لهذا في النص على فرع تشمله الأحكام المنصوص عليها في المواد السابقة المتعلقة بتعريف المقاصة وبيان نوعيها والأحكام المتعلقة بهما.

ومع ذلك فقد حذا كلٌّ من القانون المدني العراقي والأردني حَذْوَ المرشد، ونصها على إجراء المقاصة الجبرية فيما إذا نشأ الدين على الدائن بإتلافه مال المدين فيما لو اتفق جنس

---

(١) الفتاوى الهندية : ٣/ ٢٣٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٢٦٦.

(٢) يستفاد حكمها من الأنقروية، جزء أول نمرة : ٣١١.

الدينين، أما لو اختلف جنسهما فلا تجرى سوى المقاصة الاختيارية. فالمادة (٤١١) مدني عراقي تنص على أنه « إذا أتلف الدائن عينًا من مأل المدين، وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا، وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة دون تراضيهما ». وتنص المادة (٣٤٩) على المعنى نفسه، فقد جاء فيها أنه: « إذا أتلف الدائن عينًا من مال المدين، وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا، فإن لم تكن من جنسه فلا تقع المقاصة إلا باتفاق الطرفين ».

ويدل هذا بوضوح على مدى تأثر هذين القانونين باتجاهات المرشد في الصياغة، ولا غضاضة في هذا من أي وجه.

***

(مادة ٢٣١) إذا كان لكفيل المديون دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصًا من غير رضاهما.

وإن كان من غير جنس الدين المكفول فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي الدائن المكفول له مع كفيل المديون لا مع المديون.

تتناول هذه المادة مسألة من مسائل المقاصة الجبرية، وهي إجراء هذه المقاصة في الكفالة. وقد نص الحنفية على التقاء الدينين قصاصًا إذا كانا من جنس واحد وكان أحدهما للكفيل بالدين والآخر للمكفول له. أما إذا كانا من جنسين مختلفين فلا تقع المقاصة بين الدينين إلا بتراضيهما. وليس هذا سوى تطبيق لشروط إجراء المقاصة الجبرية التي سبق بيانها. ولا حاجة إلى مزيد بيان في هذا.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في الإبراء عن الدين

● (مادة ٢٣٢) الإبراء على نوعين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء؛ فإبراء الإسقاط: هو أن يبرئ الغريم مديونه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحط بعضه عن ذمته، وإبراء الاستيفاء: هو عبارة عن إقرار الدائن باستيفاء دينه الذي كان له في ذمة مدينه[1].

تتناول هذه المادة تعريف الإبراء، باعتباره صورة من صور انقضاء الالتزام دون وفاء.

وأهم صور انقضاء الالتزام دون وفاء فيما تناولته القوانين المدنية العربية:

١ - الإبراء.

٢ - استحالة التنفيذ.

٣ - منع سماع الدعوى بمرور الزمان (التقادم).

والإبراء بوجه العموم في اصطلاح الفقهاء هو: إسقاط أحد حقًّا له ثابتًا في ذمة آخر على سبيل المديونية. وينقسم الإبراء طبقًا لما جاء في المادة المذكورة إلى قسمين: إبراء الإسقاط، وإبراء الاستيفاء. والقسم الأول هو الجدير بالذكر تحت عنوان الإبراء الذي يتضمن معنى الإسقاط. أما النوع الآخر فلا إسقاط فيه، وإنما هو نوع من الإقرار والاعتراف بقبض الحق واستيفائه، وإنما التحق به لأن سبيلهما واحد، هو قطع النزاع وإنهاء الخصومة، فالمقصود منهما واحد، وإن اختلف مفهومهما[2].

والإبراء بهذا التعريف الوارد في المادة المذكورة تصرُّفٌ يتم بالإرادة المنفردة للدائن، ولا يتوقف على إرادة المدين، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، فهؤلاء يرون أن الإبراء لا يحتاج إلى قبول، بناء على أنه إسقاط للحق، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول كإسقاط الشفعة والقصاص. والراجح في مذهب المالكية: أن الإبراء عقد أو اتفاق يحتاج إلى الإيجاب من الدائن والقبول من المدين. ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يرى أن الإبراء عقد أو اتفاق يتم بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول من الطرفين.

ولا تتضمن القوانين المدنية العربية تعريف الإبراء، وإنما اتجهت إلى بيان حكمه وأثره

---

(١) يستفاد حكمها من الهندية، جزء ثانٍ نمرة : ٢٩٠.

(٢) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٧٦، وفتح القدير : ٦/ ٣١٠.

باعتباره صورة من صور انقضاء الالتزام دون الوفاء به؛ فالمادة (٣٧١) مدني مصري، تنص على أنه: «ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده». وبهذا فإنه ينعقد بإرادة منفردة، ولكنه لا يتم إلا برضا المدين، ويرتد برده، منعًا للحرج عنه، فإنه قد يتضرر بتبرع دائنه له وإسقاطه حقه له. ويتفق هذا مع الراجح من مذهب المالكية والشافعية الذين يرون توقف الإبراء على القبول، ورده بالرد من المدين.

وفي المادة (٤٤٥) مدني أردني أنه: «لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

* * *

• (مادة ٢٣٣) إذا اتصل بالصلح إبراء مخصوص بالمصالح عنه بأن قال: برئت عنه أو أنا بريء، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره[1].

تتناول هذه المادة ما يشمله الإبراء من حيث موضوعه وما ينصرف إليه، فإنه إذا لم يكن عامًّا وانصرف إلى أمر مخصوص لم يشمل ما سواه.

وقد نصت المادة على أنه إذا اتصل بالصلح على أمر معين لم ينصرف إلى غيره، ولا تسمع الدعوى فيما اصطلحا عليه وتسمع في غيره. والأصل في الفقه الإسلامي أنه إذا كان الإبراء خاصًّا بشيء معين فلا تسمع الدعوى به أصلًا، وتسمع في غيره. ويتصل هذا بقواعد تفسير إرادة العاقد وعباراته التي تحدد مقصوده وما انصرفت إليه مشيئته، إذ لا إلزام بدون التزام، طبقًا لما في القاعدة.

ولهذا فإنه لو أبرأه من دين معين لم يتجاوزه إلى غيره، ولا عن الديون المشابهة التي قد تنشأ في ذمة المدين في المستقبل. ويتبع ما عبر به عن مقصوده من الإبراء من حيث العموم والخصوص.

* * *

• (مادة ٢٣٤) من أبرأ شخصًا من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق.

تشير هذه المادة إلى حكم الإبراء، وهو سقوط الحق المبرأ عنه إن كان الحق مما يقبل الإسقاط. فيلزم في الحق المبرأ فيما نص عليه الفقهاء استجماع بعض الشروط، منها:

١ - أن يكون الحق المبرأ عنه معلومًا معينًا، فلا يصح الإبراء عن المجهول، كما لو قال:

---

(١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، شرح الدر، جزء رابع نمرة : ٢٣٣.

أبرأت كل مدين، أو كل أحد بكل حق لي.

٢ - أن يسبق ملك المبرئ للحق المبرأ منه؛ لأنه لا يصح تصرف الإنسان في ملك غيره دون إنابة منه؛ لأن الإبراء يفيد إسقاط حق قائم بالفعل، ولأن ما لم يوجد سبب الاستحقاق فيه ساقط أصلًا فلا معنى لإسقاط ما هو ساقط. فلا يجوز الإبراء عن نفقة زوجية لم ينشأ سبب وجوبها، والإبراء عن المتعة قبل الطلاق.

٣ - أن يكون الإبراء عن دين ثابت في الذمة. أما الإبراء عن العين فلا يصح؛ لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلا توصف بالبراءة، إلا إذا عنى به الإبراء عن المطالبة أو الدعوى.

ويسقط الحق المبرأ عنه إذا اجتمعت في هذا الحق الشروط المذكورة. وقد بينت المادة (٤٤٦) مدني أردني بعض شروط الحق المبرأ عنه، ونصها: « لا يصح الإبراء إلا من دين قائم، ولا يجوز عن دين مستقبل »، ويتضمن ذلك الإشارة إلى معلومية هذا الحق، وسبق ملكه من جهة المبرئ.

***

(مادة ٢٣٥) يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع[١].

توضح هذه المادة الشروط الواردة على المبرئ لصحة تصرفه، وأهمها: أن يكون عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع؛ ذلك أن الإبراء نوع من التبرع؛ فيشترط في المتبرع أن يكون رشيدًا غير محجور عليه لسفه أو مديونية، كما تشترط ولايته على الحق المبرأ منه، بأن يكون مالكًا له أو وكيلًا في الإبراء أو فضوليًّا أجاز صاحب الحق إبراءه. والعبرة في ولاية المبرئ على الحق المبرأ منه هو ما في الواقع ونفس الأمر لا بما في الظن. فلو أبرأ عن شيء من مال أبيه، وهو يظنه حيًّا فتبين موته، وانتقال هذا الشيء إلى ملك المبرئ صح إبراؤه؛ لأن المبرأ منه كان مملوكًا له عند صدور الإبراء.

ويشترط رضا المبرئ بالإبراء، فإبراء المكره والهازل لا يصح، وقد صرح الحنابلة أنه مما يشوب الرضا أن يعلم المدين وحده مقدار الدين، فيكتمه عن الدائن خوفًا من أن يستكثره فلا يبرئه[٢].

***

(مادة ٢٣٦) إذا اتصل بالصلح إبراءٌ عامٌّ عن كافة الحقوق والدعاوى فلا تسمع على المبرأ

(١) يستفاد حكمها والتي بعدها من أوسط كتاب الصلح من الدر، وتكملة رد المحتار، نمرة : ٢١٣.

(٢) الموسوعة الفقهية، مادة « إبراء ».

دعوى في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده[١].

تتناول هذه المادة حكم الإبراء العام بعد أن بينت المادة (٢٣٣) حكمَ الخاصِّ، ويتحدد العموم والخصوص بالنظر إلى الصيغة التي عبر بها المبرئ عن إبرائه؛ فإذا أبرأ عن دعوى شيء بعينه تقيدت به، وإن عبر عن إبرائه تعبيرًا عامًّا، كأن قال: أبرأته عن كل حق لي أو كل عين ودين، وكذا لو قال: هو بريء من كل حق ودين وعين لي، أو قال: أبرأتك من حقي.

وحكم ذلك: أنه لو أبرأه إبراء عامًّا فلا تسمع دعوى المبرئ عن كل حق ولو غير مالي كالكفالة بالنفس والقذف والقصاص، وعن الحقوق المالية كالأثمان والأجرة وثمن المغصوب والوديعة والعارية وما إلى ذلك[٢].

ولو أبرأه إبراء عامًّا ثم قال: كان قصدي إبراءً خاصًّا، لم تسمع دعواه؛ لأنه لا رجوع في الإبراء.

ويتبع في تفسير عبارات المبرئ ما يتبع في تفسير إرادة المتعاقدين وعباراتهم.

***

(مادة ٢٣٧) إذا تعدد المبرؤون يلزم تعيينهم تعيينًا كافيًا[٣].

تتناول هذه المادة اشتراط تعيين المبرأ إذا تعدد من يتجه إليه الإبراء، وقد اتفق الفقهاء على اشتراط العلم بالمبرأ، فلا يصح الإبراء لمجهول، وكذلك يجب أن يكون معينًا؛ فلو أبرأ أحدٌ مدينَيْهِ على التردد، بأن قال: أبرأت واحدًا مِنْكُمَا مما عليه من حق أو دين لم يصح، خلافًا لبعض الحنابلة، وبهذا فإن جمهور الفقهاء يشترطون العلم بالمبرأ[٤].

***

(مادة ٢٣٨) حكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم.

لا جديد في هذه المادة سوى أنها تشير إلى أنه يصح الإبراء بعد قيام النزاع والصلح أو قبل قيام النزاع، ويتبع في ذلك العبارات التي تلفظ بها المبرئ إبراءه، من حيث العموم والخصوص، فيبرأ عن كل دين إن كان الإبراء عامًّا، ويبرأ عما خص إبراءه به من الحقوق والدعاوى.

***

---

(١) يستفاد حكمها من التنوير في آخر فصل الهبة. (٢) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٤٧٠.

(٣) يستفاد حكمها من أوسط كتاب الإقرار من تنقيح الحامدية بالعزو إلى القنية ضمن جواب، نمرة : ٥٨.

(٤) الفتاوى الهندية : ٤/ ٢٠٤، والخرشي : ٦/ ٩٩، وجامع الفصولين : ١/ ١٢٥، وكشاف القناع : ٢/ ٤٧٨.

(مادة ٢٣٩) لا يتوقف الإبراء على قبول المديون لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته[1].

سبق أن أوضحنا اختلاف الفقهاء في اعتبار الإبراء إرادة منفردة ينعقد بعبارة المبرئ وحدها، أو أنه ينعقد بالإيجاب والقبول. وقد ذهب الحنفية مذهبًا وسطًا بين الحنابلة ومن وافقهم وبين المالكية، فذهبوا إلى اعتبار الإبراء إسقاطًا مبدئيًا فلا يتوقف على قبول المدين، ولكنهم أضافوا أن الإبراء فيه معنى التمليك، وأوجبوا أن يرتد بالرد عند رفضه من جانب المدين، لكنهم أخذوا بأنه لا يصح رد الإبراء من الدين بعد قبوله[2]. ويحمي إعطاء المدين الحق في رد الإبراء مصالحه، ويدفع الضرر عنه، فإن المنة قد تعظم في الإبراء، ويضر ذلك بأصحاب المروءات، وهؤلاء الذين اعتبروا الإبراء عقدًا لا يتم إلا بقبوله من المدين قد قصدوا إلى حماية مصالح المدين كذلك.

وهذا التوسط الذي اتجه إليه الأحناف هو ما أخذت به القوانين المدنية العربية، ففي المادة (٣٧١) مدني مصري، أنه: « ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارًا، ويتم الإبراء إذا وصل إلى علم المدين، ويرتد برده ».

وفي المادة (٤٢٢) مدني عراقي أنه:

١ - « لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، لكن إذا رده قبل القبول ارتد. وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته.

٢ - ويصح إبراء الميت من دينه ».

* * *

(مادة ٢٤٠) يشترط لصحة البراءة رضاء ربِّ الدين فإن أكره إكراهًا معتبرًا على إبراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين[3].

تتناول هذه المادة الحكم باشتراط رضاء رب الدين ليصح إبراؤه؛ فإبراء المكره لا يصح كما تقدم؛ لأنه لا يصح مع الهزل لما فيه من الإقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيه الإكراه. وقد سبق ذلك فلا نعيده.

* * *

---

(١) يستفاد حكمها من الفصل الرابع والثلاثين من أوسطه من هبة الدين وما يتصل به من جامع الفصولين، نمرة : ٢١٦.

(٢) الفتاوى الهندية : ٤/ ٣٩٠، وحاشية ابن عابدين : ٤/ ٧١٧.

(٣) يستفاد حكمها من الأنقروية، جزء ثانٍ نمرة : ٣٢٣، والهندية، جزء ثانٍ نمرة : ١٤٣.

❁ (مادة ٢٤١) لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثَهُ من الدين الذي له عليه أو من بعضه سواء كان على المريض دينٌ أم لم يكن[١].

تتناول هذه المادة حكم إبراء المريض مرض الموت وارثه من دين عليه، وأنه لا يصح منه ذلك. ويفيد منطوق المادة بطلان إبراء المريض مرض الموت وارثه من أي دين له عليه. والحقيقة أن الحنابلة قد نصوا على أن حكم هذا الإبراء هو التوقف على إذن الورثة، فإن أجازوه جاز وإن أبطلوه بطل. وينطبق ذلك على ما إذا كان الدين المبرأ منه أقل من ثلث التركة، أو أكثر منه؛ ذلك أن تبرعات المريض مرضَ الموت والإبراءَ منها، تأخذ حكم الوصية، والوصية للوارث لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة.

***

❁ (مادة ٢٤٢) إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الدين، وإن كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الإبراء، وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين.

تتناول هذه المادة فرعًا آخر يتعلق بإبراء المريض مرض الموت مدينًا أجنبيًّا عنه غير وارث له، وحكم ذلك أن يصح هذا الإبراء في حدود ثلث تركة المبرئ، بعد استيفاء ديونه منها، وإن جاوز ثلث التركة لم يصح الإبراء فيما زاد عن ثلث التركة إلا بعد رضا الوارث وإجازتهم؛ لأن تبرعات المريض مرضَ الموت في حكم وصيته، فتنفذ للأجنبي في حدود ثلث التركة، دون توقف على إذن الورثة، وإن زادت عن الثلث توقفت في الزائد عن الثلث على إذن الورثة ورأيهم، فإن أجازوا هذا الزائد جاز الإبراء بكامله، وإن لم يجيزوا نفذ الإبراء من الدين في حدود ثلث التركة بعد استيفاء ما عليها من ديون.

***

❁ (مادة ٢٤٣) البراءة تفيد معنى التمليك فلا يصح تعليقها بالشرط فإن علق الدائن إبراء مدينه عن بعض الدين بشرط أداء البعض الآخر فلا يبرأ وإن أداه[٢].

تتناول هذه المادة الحكم بعدم صحة تعليق الإبراء بالشرط. والتعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره، فهو مانع للانعقاد ما لم يحصل الشرط، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والرواية المنصوصة عن أحمد؛ وذلك لما في الإبراء من معنى التمليك، والتعليق مشروع في

(١) يستفاد حكم هذه المادة والتي بعدها من أوائل إقرار المريض من الدر وتكملة رد المحتار، نمرة : ١٥٤، ١٥٥.

(٢) يستفاد حكمها من التنوير، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية، نمرة : ٧٥.

الإسقاطات المحضة لا في التمليكات فإنها لا تقبل التعليق.

وفي حكم تعليق الإبراء بالشرط مذهبان آخران في الفقه الإسلامي، أولهما: جواز التعليق بالشرط المتعارف عليه، وعدم الجواز إذا لم يكن الشرط متعارفًا عليه. ويرجع هذا الرأي إلى قاعدة العرف التي تحكم تفسير عبارات المتعاملين. وبهذا فإن القاضي عند تفسيره صيغة الإبراء تلجأ لاستعمال الناس. ويتفق هذا الرأي، - رغم أن الجمهور على خلافه - مع القواعد العامة للفقه الإسلامي، فالعادة محكَّمَة، واستعمالُ الناس حجةٌ يجب العمل بها، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

الآخر: جواز التعليق مطلقًا، وهو مذهب المالكية ورواية عن أحمد؛ وذلك لما في الإبراء من معنى الإسقاط. ولا يبعد هذا الرأي عن سابقه؛ فإن من علق شيئًا على وجود شيء فإن المتبادر إلى الذهن أنه رضي بوجود المعلق عند وجود المعلق به.

وينبني الرأي الأول الذي رجحته المادة على نوع من التحليل اللغوي والعقلي البعيد عن الواقع؛ ولذا حاول أصحابه التحلل من بعض نتائجه في الإبراء بالتفريق بين التعليق والتقييد؛ فالتعليق هو ربط وجود الشيء بوجود غيره، وهو مانع للانعقاد ما لم يحصل الشرط، أما التقييد فلا صلة له بالانعقاد، بل هو لتعديل بعض آثار العقد الأصلية، ويسمى الاقتران بالشرط، ولهذا جاءت بعض الصور المتشابهة مع اختلاف أحكامها بسبب اعتبارها تعليقًا أو تقييدًا.

وهذا هو السبب في اضطراب الحكم الوارد في هذه المادة عند مقارنته بالمثالين الواردين في المادتين التاليتين؛ ففي الأمثلة الثلاثة يريد الدائن حثَّ مدينه على تعجيل أداء دينه بالتنازل له عن شيء منه لقاء هذا التعجيل، لكن هذه المادة حكمت بعدم براءة المدين عن الجزء المبرأ منه، وإن عجل الأداء الذي أراده، وهذا مبنيٌّ على النظر إلى الصيغة التي نطق بها الدائن على أنها تعليق. أما لو نظرنا إلى أنها تقييد يفيد تعديل آثار العقد الذي أراده، بمعنى أنه ذكر براءته أولًا فتحققت، ثم فطن إلى وجوب تقييد هذه البراءة بشرط معين هو أداء جزء من الدين، فإن البراءة تصح، وتعمل إرادة الدائن على النحو الذي تفيده عبارته، فإن أدى المدينُ البعضَ الذي اشترطه الدائن في الوقت المحدد له برئ من البعض الآخر، وإن لم يؤده في الوقت المحدد له لم يبرأ مما أبرأه ويعود الدين كله عليه. وليس هذا إلا بسبب النظر إلى العبارة الأولى على أنها تعليق وإلى العبارة الأخرى على أنها تعليق، وهذا الإخضاع لعبارات المتعاملين لمنطق التحليل اللغوي الذي تطور في بيئات فكرية وثقافية معينة لا يفيد

في تحديد قصور المتعاقدين وإراداتهم التي يلزم أن تخضع لأعراف الناس، وهو ما انتهى إليه الفقه الحنفي ذاته في قواعد إعمال العرف.

* * *

(مادة ٢٤٤) إذا أبرأ الدائن مديونه عن بعض الدين إبراءً مقيدًا بأداء الباقي منه في وقت معين وصرح بأنه إن لم يؤده في ذلك الوقت يبقى الدين عليه بحاله وفعل المديون ذلك وأدى الباقي في وقته برئ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله[١].

تتناول هذه المادة الحكم بصحة تقييد الإبراء بالشرط على خلاف الحكم بعدم تعليق الإبراء بالشرط، رغم اشتراك التعليق والتقييد في المقصود منهما إلى حث المدين على تعجيل أداء ما عليه بحط جزء منه لو حقق هذا التعجيل، وليس هذا إلا إعمالًا لقواعد منطقية أو لغوية تبلورت في بيئات ثقافية خاصة لا صلة لها بقصود المتعاقدين وإراداتهم التي ينبغي التفتيش فيها واستلهامها عند تفسير عباراتهم، وهو ما تؤكده قواعد تفسير هذه العبارات طبقًا لما أوردته المجلة العدلية في قواعد إعمال العرف. ولا تخرج القوانين المدنية العربية عن ذلك. وقد أفردت المواد (٢١٣ - ٢٣٨) من القانون المدني الأردني، قواعدَ تفسير عبارات المتعاقدين بالذكر، بإثبات ما جاء في المجلة العدلية من ذلك؛ والأصل الذي ترجع إليه أكثر هذه القواعد: أن العبرة بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين، بمعنى أنه يجب الوقوف في تفسير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة لاستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن هذه المعاني إلى معانٍ أخرى أو احتمالات لا تخطر على بال قائلها.

ويتجه ما جاء في هذه المادة إلى إعمال الإرادة الظاهرة للدائن الذي أراد تعجيل أداء الدين بإبراء المدين عن بعضه لو وفاه في وقت معين. وقد توصلت هذه المادة إلى هذا الحكم باعتبار الصيغة التي استعملها الدائن تقييدًا لا تعليقًا، على خلاف المادة السابقة التي اتجهت إلى أن تعليق الإبراء بالشرط لا يصح. ورغم أنه لا فرق عندي بين التقييد والتعليق في الأمثلة المذكورة، فإن من الواجب توضيح وجهة الأحناف في التفريق بين التقييد والتعليق، سواء من حيث اللفظ أو المعنى.

أما اللفظ: فهو أن التقييد بالشرط لا تظهر فيه صورة الشرط، ولا تأتي فيه أداة الشرط. ومثاله أن يقول: أبرأتك على أن تفعل كذا، أو أبرأتك من عشر ما عليك بشرط أن تؤدي الباقي أول الشهر القادم، فهذا تقييد لا تعليق. أما التعليق: فتستعمل فيه أداة الشرط، كقوله: إن أديت تسعمائة

---

(١) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية نمرة : ٧٥.

مما عليك غدًا فأنت بريء من باقي الدين، وقدره مائة. وأما من حيث المعنى: ففي التقييد بالشرط الحكم ثابت في الحال على عرضية الزوال إن لم يوجد الشرط، فقد أثبت إبراءه من عشر الدين إن فعل ما اشترطه، فالحكم وهو الإبراء ثابت في الحال مقيدًا بهذا الاشتراط، وهو معرض للزوال إن لم يتحقق الشرط. وقد فرق بينهما الكاساني على وجه الإجمال والإيجاز بقوله: « التعليق هو تعليق العقد، والتقييد هو تعليق الفسخ بالشرط »[١]. وقد ذهب إلى صحة تقييد الإبراء بالشرط في الجملة فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وطبقًا لذلك فإنه إذا أبرأه بشرط أداء البعض، كأن يقول: أبرأتك من نصف ما عليك إن أديت النصف الآخر اليوم صح الإبراء، ويبرأ المدين من نصف ما عليه لو أدى النصف الآخر في الوقت المحدد. وكذا لو قال: أبرأتك من خمسمائة بشرط أن تعطيني الباقي خلال الشهر القادم.

***

❁ (مادة ٢٤٥) إذا حط الدائن عن مديونه بعضَ الدين على أن يجعل أداء الباقي له ولم يوقت للأداء وقتًا وقبل المديون ذلك فإنه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقي أو لم يؤده[٢].

تتناول هذه المادة حكم الإبراء عن بعض الدين مقرونًا بالإشارة إلى أن أداء الباقي متروك لتقدير المدين ورأيه وظروفه، كأن يقول له: أبرأتك من نصف ما عليك، ولك أن تؤدي الباقي أو لا تؤديه فإن هذه الصيغة تفيد معنى الإبراء، ويبرأ من الدين كله، سواء أدى شيئًا منه أو لم يؤدِّ؛ ذلك أن الفقهاء لا يشترطون التعبير عن الإبراء بعبارات معينة؛ إذ تشمل الإسقاط والتمليك والتحليل والوضع والعفو والحط والترك أو غير ذلك من مثل قوله: ليس لي على فلان حق، أو تنازلت عما لي قِبَلَهُ، أو تخليت عن الحق أو تركته له، أو تركت أداءه له، فكل ذلك يفيد معنى الإبراء وإسقاط الحق وعدم المطالبة به.

***

❁ (مادة ٢٤٦) براءة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل[٣].

تتناول هذه المادة قضية سريان الإبراء من حيث الأشخاص؛ فإن الإبراء قد يشمل غير المبرأ نفسه، ويسري إلى غيره من الأشخاص. ومن ذلك أن يبرئ البائع المشتري عن بعض

(١) البحر الرائق : ٧/ ٣١٠، وكشاف القناع : ٢/ ٤٧٨، والدسوقي : ٢/ ٣٠٧، وحاشية قليوبي وعميرة : ٢/ ٢٩٢، والموسوعة الفقهية الكويتية.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين، جزء رابع نمرة : ٦٦٢، والخانية نمرة : ٧٥.

(٣) يستفاد حكمها من التنوير في الكفالة.

الثمن، فيستفيد الشفيع هو الآخر من هذا الإبراء إن صلح الباقي بعد الإبراء ثمنًا للمبيع، بخلاف ما لو أبرأه عن الأكثر ولم يصلح الباقي ثمنًا للمبيع فلا يأخذ الشفيع الشفعة إلا بالثمن كله قبل الحط، وهذا هو مذهب الأحناف. وذهب المالكية والشافعية إلى أن الإبراء لا يسرى إلى الشفيع، ولا يستفيد به سوى المشتري، أما الشفيع فيأخذ بالثمن كله، أو يترك[1].

ويتحقق سريان الإبراء في الكفالة؛ فإن إبراء الأصيل يسري إلى الكفيل، بخلاف إبراء الكفيل فإنه لا يسري إلى الأصيل، ويبرأ الكفيل وحده؛ لأن إبراءه إسقاط لوثيقة الدين، وهو لا يقتضي سقوط الدين نفسه. وكذلك إن تكرر الكفلاء وتابعوا فإن إبراء أحدهم يسري إلى مَنْ بَعْده لأنه فرع له، لا إلى من قبله. وإنما لا يسري إبراءُ الدائنِ الكفيلَ إلى الأصيل إذا أبرأه من الضمان والمطالبة. أما إن أبرأ الكفيل من الدين فإن الإبراء يسري إلى الأصيل. وكذلك لو تكرر الكفلاء وتتابعوا فإن أبرأ أحدهم من الدين تعدى إلى الكفلاء الآخرين وإلى الأصيل أيضًا. وهذا هو ما أوجزت المادةُ (٩٨٧) مدني أردني الإشارةَ إليه، ونصها: « تنتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به، وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين ».

***

● (مادة ٢٤٧) إذا أبرأ الدائن أحد الكفيلين فلا يبرأ الأصيل ولا الكفيل الآخر[2].

تدور هذه المادة هي الأخرى في فلك سابقتها، وتتناول موضوع سريان الإبراء على أشخاص آخرين غير المبرأ. وقد أثبتت المادة السابقة هذا السريان على الكفيل إن توجه الإبراء عليالأصيل، أما هذه فتنفي السريان عن الكفيل الآخر إن تعدد الكفلاء وأبرأ الدائن أحدهم. ومحل ذلك: إن أبرأه من المطالبة والضمان، أما إن أبرأه من الدين نفسه فإن الإبراء يسري إلى مَنْ سواه من الكفلاء وإلى الأصيل نفسه. وهو ما لعله قد اتضح من التعليق على المادة السابقة[3].

***

● (مادة ٢٤٨) إذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتكافلين فإنه يبرأ عن دينه وعن دين الكفالة ويبرأ المديون الآخر عن دين الكفالة فقط ويبقى مطالبًا بما عليه من الدين أصالةً لرب الدين[4].

تتعلق هذه المادة كذلك بموضوع سريان الإبراء على غير المبرأ من الأشخاص. ويتقيد

(١) فتح القدير : ٥/ ٢٧١، وحاشية الدسوقي : ٣/ ٤٩٥، والمغني : ٥/ ٢٥٩.

(٢) يستفاد حكمها من ابن عابدين في الكفالة، نمرة : ٣٩٧.

(٣) حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٧٦، والمغني : ٥/ ٢٩٥.

(٤) ليس مذكورًا مأخذها.

هذا السريان فيما هو واضح بإرادة المبرئ ومقصوده وموضوع الإبراء الذي يقبل السريان وقد لا يقبله. ولهذا تُثْبِتُ هذه المادة سريانَ الإبراء وانتقالَهُ من شخص المبرأ إلى غيره إن كان موضوعه يتتبع هذا السريان. ولهذا فإنه إذا تعدد الكفلاء وأبرأ أحدهم من الضمان لم ينتقل الإبراء إلى غيره، لكن لو أبرأه من الدين، وقال: لا حقَّ له، أو لا دَيْنَ لي، فإن هذا الإبراء ينتقل إلى غيره من الكفلاء وإلى الأصيل كذلك. ولعله قد اتضح بهذا توارد هذه المواد الثلاث الأخيرة على موضوع واحد هو سريان الإبراء في حق أشخاص آخرين غير المبرأ الذي توجه الإبراء إليه، وأن ذلك محكومٌ بطبيعة الحق المبرأ منه وبمقصود المبرئ وإرادته التي عبَّر عنها، واستخدمها في الإعلان عن هذا المقصود.

***

(مادة ٢٤٩) إذا تعدد الكفلاء المتكافلون وأبرأ الغريم أحدًا منهم سقط عنه الدين حتى إذا أدى أحدهم جميع الدين ورجع على أصحابه الذين كفل عنهم بأمرهم فليس له الرجوع على المبرأ بشيء ولو كان أصحابه معسرين والمبرأ موسرًا[١].

لا تخرج هذه المادة عما سبق تناوله في موضوع سريان الإبراء إلى غير المبرأ من الأشخاص، فلا نعيد ما سبق ذكره في هذا الموضوع عند شرح المواد الثلاث السابقة.

***

(١) يستفاد حكمها من الدر آخر الكفالة.

الفصل الرابع

في تجديد الدَّيْن

● **(مادة ٢٥٠) يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين.**

تتناول هذه المادة والمادتان التاليتان لها موضوعًا على قدر كبير من الأهمية، وهو موضوع تجديد الدين في الفقه الحنفي، وقد أبرز صاحب المرشد هذا الموضوع وبيَّنه في هذه المواد الثلاث (٢٥٠ - ٢٥٢)، ويعني تجديد الدين طبقًا لتعريفه في هذه المادة « استبدالَ دَيْنٍ جديد بالدين الأصلي »، وذلك بتراضي الدائن والمدين؛ وذلك كأن يكون زَيْدٌ مدينًا لبكْرٍ بعشرين دينارًا أجرة منزل مملوك لبكر، فيتفق معه على إبقاء هذا الدين بذمته على سبيل القرض. ومن أمثلته طبقًا لما جاء في المادة (١٧٦) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقد الثاني. فلو تبايع رجلان مالًا معلومًا بمائة قرش، ثم بعد انعقاد البيع تبايعا على ذلك المال بذهب من ذوات المائة أو بمائة وعشرة أو بتسعين قرشًا يعتبر العقد الثاني ». وفي المادة (٣٧١) من مجلة الأحكام الشرعية أنه: « لو عقدا بيعًا سرًّا، ثم عقداه في مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بأكثر أو أقل فاللازم هو الثاني ».

ويشترك تجديد الدين مع المقاصة واتحاد الذمة في كونها أساليب لانقضاء الالتزام بمقابلٍ يعادل الوفاء ويأخذ حُكْمَهُ. ففي تجديد الدين ينقضي التزام الدين الأول مقابل الالتزام الناشئ من الدين الجديد. والديون تقضى بما يقابلها في المقاصة، ونص القاعدة الفقهية في ذلك: أن الديون يقضى بأمثالها. واتحاد الذمة الذي يغلب وروده في الميراث يحقق الوفاء بمقابل حسبما يرد توضيحه في مناسبة.

وقد تناولت ما تناولته هذه المادة القوانينُ المدنيةُ العربية؛ ففي المادة (٣٥٢) مدني مصري، أنه « يتجدد الالتزام؛ أولًا: بتغيير المدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزامًا جديدًا، يختلف عنه في محله أو في مصدره. ثانيًا: بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينًا مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن وشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. ثالثًا: بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد »، وهو ما جاء كذلك في المادتين

(٤٠١، ٤٠٢) مدني عراقي.

(مادة ٢٥١) إذا فسخ عقد المداينة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط الدين الواجب بالعقد الأول وترتب على المدين دين جديد بالعقد الثاني[1].

الأثر الأساسي لتجديد الدين، طبقًا لهذه المادة، انقضاءُ الالتزام الناشئ عن العقد الأول مقابل إنشاء التزام جديد يحدده العقد الثاني؛ ذلك أنه إذا كان زيد مدينًا لبكر بمائة أجرة منزله، واتفقا على إنشاء قرض بهذا المبلغ فإن قيمة الإيجار تنقضي، ويثبت القرض. ولهذا فإنهما لو كان الاتفاق في الإيجار على انتهائه إذا لم يفِ المستأجر بالأجرة فإنه لا حق للمؤجر في المطالبة بفسخ الإجارة؛ لأنه قد استوفى أجرته، ولم يعد له أن يطالب بها، وإنما يحق له أن يطالب بقيمة القرض، طبقًا لأحكام عقد القرض. وينقضي الالتزام في حق المدين الأصلي إذا اتفق مع دائنه على إحلال أجنبي محله في تحمل الدين، أو إذا تحول الدين إلى دائن آخر بالتراضي بين المدين والدائن الأصلي.

وهذا هو ما جاء كذلك في المادة (٣٥٦) مدني مصري، ونصها:

١ - « يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن يحل مكانَهُ التزامٌ جديد.

٢ - ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك ».

وهو ما جاء كذلك في المواد (٤١١) كويتي، (٤٠٣، ٤٠٤) عراقي.

***

(مادة ٢٥٢) إذا كان الدين الأول مكفولًا وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة وبرئ الكفيل فلا يطالب بالدين الحاصل بالعقد الجديد إلا إن جددت الكفالة[2].

تتناول هذه المادة ما يترتب على حلول الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي، وتقرر الحكم بانقضاء الالتزام الأصلي بكل شروطه وتوثقاته وكفالاته إلا إذا تجددت هذه التوثقات أو الكفالات في العقد الجديد كذلك. وتستمد عنصر الإلزام بها من ذكرها في العقد الجديد، لا من وجودها في العقد القديم.

---

(١) يستفاد حكمها من الخانية، جزء ثانٍ نمرة : ٢١٨.

(٢) يستفاد حكمها من الحامدية في الكفالة، نمرة : ٢٨٨.

الفَصلُ الخَامِسُ

في فسخ العقد
المترتب عليه الالتزام

● (مادة ٢٥٣) إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية بخيار من الخيارات أو بسبب من الأسباب الموجبة لفسخه بطل الالتزام الذي كان مترتبًا عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب عليه بالعقد للبائع وإن كان سلمه إليه فله استرداده[١].

تتناول هذه المادة حالة انتهاء الالتزام لبطلان سببه المنشئ، بفسخه إذا كان عقدًا لأي سبب من الأسباب التي توجب فسخه، للرجوع في الإقدام على العقد باستعمال حقه في الخيار، وإنما ينقضي الحق في هذه الأحوال لانتهاء وجوده الذي كان على وشك التحقق. وهذه المادة مقحمة في السياق الخاص بتناول أساليب الوفاء بالحقوق بعد تمام نشأتها وقيام الالتزام بها. أما هنا فالحقُّ لم يكتمل وجوبه، ولم يتم الالتزام به، فلا يتحمل الوفاء به.

***

● (مادة ٢٥٤) إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحبه بطل العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بآفة سماوية ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه[٢].

تتناول هذه المادة فرعًا من أفرع انقضاء الالتزام دون الوفاء به، وعنوان هذا الفرع فيما جرت عليه القوانين المدنية العربية: استحالة التنفيذ. ومعناه أن قد لزم الحكم بانقضاء الالتزام لعدم إمكان القيام به. وإنما ينقضي الالتزام على أساس من هذا السبب إذا اجتمع الشرطان التاليان:

١ - استحالة التنفيذ وليس مجرد صعوبته، فلو كان تنفيذ الالتزام ممكنًا، لكنه مرهن للمدين فإن الالتزام لا ينقضي.

٢ - أن تكون الاستحالة دائمة لا مؤقتة. ولذا فإن الاستحالة الدائمة التي ينقضي بها الالتزام هي التي تطرأ بعد نشوئه؛ إذ لا يتصور نشوء التزام تستحيل نشأته.

ولا تفرق هذه المادة في انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ بين أن يكون ذلك بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، وبين أن تنشأ هذه الاستحالة بسبب من جهته.

---

(١) يستفاد حكمها من حاشية أبي السعود على منلا مسكين، جزء ثالث نمرة : ١١، ومن الحامدية، جزء أول نمرة : ٢٨٨.
(٢) ليس مذكورًا لها مأخذ.

ومن هذا فإنه إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية، وهو في يد صاحبه بطل العقد، ووجب عليه رد العوض الذي قدمه لصاحبه.

وقد جاء في المادة (٣٧٢) مدني مصري أنه « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب لا يَدَ له فيه». وتشير هذه المادة إلى نوع من التفريق بين قيام هذه الاستحالة بسبب من جهته أو بسبب لا يَدَ له فيه، وأنها تقصر انقضاء الالتزام على تحقق الاستحالة بسبب أجنبي لا يَدَ له فيه.

وهو ما جاء كذلك في المادة (٤٤٨) مدني أردني، ونصها: « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: « استحالة التنفيذ سبب لانقضاء الحق، متى أثبت المدين أن الوفاء به قد أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه، وهو حكم تقتضيه طبيعة الأشياء. ويتضح من النص أنه يتعين أن يُثْبِتَ أن التنفيذ قد أصبح مستحيلًا، وأن هذه الاستحالة ترجع إلى سبب لا يد للمدين فيه. ويجب أولًا أن ينشأ الحق ممكنًا، لأن الاستحالة لا ترد على شيء ليس موجودًا، وإذا كان تنفيذه منذ البداية مستحيلًا فإنه لا ينشأ أصلًا، ويكون العقد الذي رتبه باطلًا، لانعدام محله، ويجب أن تكون الاستحالة فعلية أو قانونية. ومن المقرر أن التعهد بنقل حق عيني إذا وقع على عين ثم هلكت العين فإن التنفيذ يصبح مستحيلًا، وكذلك إذا وقع العقد على منفعة وهلكت (المادتان ٢٥٤، ٢٥٥ من المرشد) وهما تطبيق للآثار المترتبة على انقضاء الحق وللقاعدة التي تضمنها المشروع، ويتحول الحق إلى العوض »[1].

ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاؤه بحيث تبرأ ذمة المدين تمامًا حتى لا يحق للدائن مطالبته بأي تعويض.

* * *

❁ (مادة ٢٥٥) إذا كان عقد المعاوضة واردًا على منافع الأعيان المالية وفاتت المنفعة[2] المقصودة بهلاك العين المنتفع بها سقط الأجر كله عن المنتفع سواء فسخ العقد أو لا، وإن كان قد عجل شيئًا منه فله استرداد ما عجله زائدًا على أجرة المدة السابقة على هلاك العين[3].

---

(١) المواد (٢٩٣ – ٢٩٧) و (٥٩١ – ٦١١) من المجلة العدلية.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « المفعة » والمثبت هو الصحيح.

(٣) يستفاد حكمها من ابن عابدين في البيع، نمرة: ٥٧.

ينقضي الالتزام باستحالة تنفيذه فيما تناولته هذه المادة. ولا يرد الالتزام هنا على العين الذي تناولته المادة السابقة، وإنما يرد الالتزام في هذه المادة على المنفعة التي فاتت بهلاك العين المتعلقة بها. فإذا كان العقد عقد إيجار وفاتت العين المأجورة فإن الالتزام ينقضي، ولا يطالب المؤجر بتوفير عين بديلة لها.

***

الفصل السادس

في حكم مرور الزمان

(مادة ٢٥٦) دعوى الدين أيًّا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها - من غير عذر شرعي - خمس عشرة سنة، فإن تركها المدعي بعذر بأن كان غائبًا مسافة القصر أو كان صبيًّا أو مجنونًا وليس له ولي أو وصي فإنها تسمع ما لم تمضِ هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره أو بلوغ القاصر رشيدًا أو إفاقة المجنون من جنونه[١].

يتناول هذا الفصل فرعًا خاصًّا من فروع انقضاء الالتزام دون وفاء، والتي سبق إيراد بعضها، مما يتعلق بالإبراء واستحالة التنفيذ. وتأخذ أكثر القوانين المدنية العربية بفكرة التقادم ومرور الزمان المسقطة للحق، وتقوم هذه الفكرة على اعتبارات عملية تتعلق باحترام الأوضاع القائمة وصعوبات الاحتفاظ بوسائل إثباتها مع مضي الزمان، وافتراض أن الشك يثور في دعوى بحق لم يتقدم بها صاحبها مدة التقادم المسقط للحق في تحريك الدعوى.

ولا تتناول هذه المادة المبدأ السائد في الفقه الإسلامي، وهو أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان، طبقًا لما هو مقرر في سنة النبي ﷺ؛ فإن الحق قديم وإن الحق لا يبطله شيء[٢]، وإنما تقضى هذه المادة بمجرد المنع من سماع الدعوى عند إنكارها؛ أما لو أقر المدعى عليه بالحق محل الدعوى فإنها تسمع ويقضى له بالحق. وإنما لا تسمع الدعوى عند الإنكار طبقًا لما جاءت به هذه المادة باستجماع ما يلي:

١ - مرور خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق الذي يطالب به المدعي في دعواه.

٢ - عدم قيام عذر شرعي يقطع هذه المدة، كالغياب مدة طويلة، وكأن يكون المدعي عند نشوء الحق صبيًّا أو مجنونًا وليس له ولي ولا وصي.

ويستند المنع من سماع الدعوى في الفقه الإسلامي إلى أن ولاية القضاء تحتمل التخصيص بالزمان والمكان، وإلى قرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم.

ويلاحظ أن مدة التقادم في القانون الفرنسي ثلاثون سنة، وهي محل انتقاد الكثيرين،

---

(١) يستفاد حكمها من شرح الدر في الإجارة، نمرة: ٣٠٥، ٣٠٨.

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ١٠/ ١١٩ برقم (٢٠١٥٩).

وهي في بعض القوانين أقصر من المدة المحددة في هذه المادة. والاتجاه في أكثر القوانين العربية إلى الأخذ بمدة الخمس عشرة سنة لإثبات التقادم؛ ففي المادة (٣٧٤) مدني مصري أنه « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نصٌّ خاصٌّ في القانون ». وتنص المادة (٤٢٩) عراقي على أن « الدعوى بالتزامٍ أيًّا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة ». وفي المادة (٤٣٨) كويتي أنه: « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة...

***

● (مادة ٢٥٧) الاستحقاق في الوقف من قبيل الملك المطلق فلا تسمع دعوى المستحق باستحقاقه على ناظر الوقف إذا تركها من غير عذر خمس عشرة سنة.

تتناول هذه المادة بالتحديد المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى المتعلقة بالاستحقاق في الوقف، وتنطبق عليها مدة المنع من سماع الدعوى في الحقوق الشخصية والأموال إذا تركها خمس عشرة سنة بلا عذر.

***

● (مادة ٢٥٨) يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ عقد الدين - ويعتبر مبدأ المدة المذكورة في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين[1].

تتناول هذه المادة بدء سريان المدة المقررة للمنع من سماع وتقضي بأنه لا يبدأ سريانها إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء. ولذا فإن السريان يبدأ في الدين المؤجل من تاريخ حلول أجل الدين واستحقاق المطالبة بأدائه، كما أنها تبدأ في السريان في دعاوي المهر المؤجل من الوقت الذي تستحقه فيه الزوجة، وذلك بوقوع الطلاق أو تاريخ موت أحد الزوجين، فإن المهر المؤجل لا يحل الوفاء به إلا بأي من ذلك.

وهذا هو ما جاء في المادة (٣٨١) مدني مصري، ونصها:

١ - « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الوفاء.

٢ - وبهذا لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي

(١) انظر الهامشة التي بأسفل صحيفة نمرة : ٤٧.

يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفًا على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ».

* * *

(مادة ٢٥٩) كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته.

تحسب مدة التقادم طبقًا لما جاء في هذه المادة بالنسبة لكلٍّ من السلف والخلف معًا، بحيث تضم مدة كل منهما إلى الأخرى، ولا تسمع الدعوى إذا بلغ مجموع المدتين المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى. وهو ما جاء كذلك في المادة (١٦٧٠) من المجلة العدلية، وقد نصت هذه المادة على أنه لا تسمع الدعوى إذا تركها المورث مدة وتركها الوارث مدة، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان.

ويتطابق ذلك مع ما جاء في المادة (٤٣٢) عراقي، والمادة (٤٥٥) مدني أردني.

* * *

(مادة ٢٦٠) إنما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره فإن طالب الدائن غريمه في مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها - وإن طالبه في غير مجلس القضاء مرارًا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضي المدة المذكورة[1].

تقرر هذه المادة انقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى بمجرد المطالبة القضائية أو باتخاذ أي إجراء قضائي يقوم به الدائن المتمسك بحقه أثناء سريانها. وعلة ذلك أن هذه المطالبة القضائية تقطع بإعلان الدائن عن سعيه للوصول إلى حقه والمطالبة به. وتكفي هذه المطالبة القضائية لقطع مرور الزمان مهما طال أمد نظر الدعوى في المحكمة. ويشمل ذلك قيام الدائن بأي عمل يدل على تمسكه بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، كما لو تدخل الدائن للتمسك بحقه في دعوى مرفوعة على المدين من أي شخص آخر.

وتدل هذه المادة على أن المطالبة غير القضائية لا تقطع مرور الزمان، كأن يتوعد برفع الأمر للقضاء أو يكتب إليه خطابًا بذلك فإن هذا لا يكفي لوقف سريان مدة التقادم. وهكذا

---

(١) تستفاد أحكام هذه المواد الستة من ابن عابدين في وظيفة القاضي، نمرة: ٤٧٥ وما بعدها، ويستفاد حكم (المادة ٢٥٧) من ابن عابدين على الحامدية، كتاب الوقف وجه (٢٧٦).

فإنه لو طالبه قرارًا في غير مجلس القضاء لم تعتبر مطالبته ولم يتوقف سريان المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى.

وهذا هو ما جاء في المادة (١٦٦٦) من المجلة العدلية، وهو ما جاء كذلك في المادة (٤٦٠) مدني أردني، ونصها: « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه ».

* * *

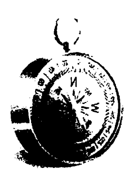
❁ (مادة ٢٦١) إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورِّثهم من غير عذر خمس عشرة سنة وكان لباقي الورثة عذر بأن كان قاصرًا فبلغ رشيدًا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين.

ينقطع سريان المدة المقررة للمنع من سماع الدعوى بوجود أي عذر يمنع الدائن من مطالبة المدين بحقه، ويتنوع هذا العذر؛ فقد يكون ماديًّا كنفوذ الدائن وسلطانه، وقد يكون معنويًّا أدبيًّا؛ كقيام علاقة بين الدائن والمدين تجعل الدائن يشعر بحرج شديد في رفع الأمر للقضاء، كعلاقة الزوجية، وقد يرجع العذر إلى الدائن نفسه وظروفه التي تمنعه من المطالبة القضائية بحقه، مثل نقص أهليته أو نميته.

ويفيد هذا أن عدم وجود عذر في حق أحد الدائنين لا يعني نفيه في حق غيره، فالعذر المانع من سريان مدة التقادم شخصي، ولا ينتفي وجوده بانتفائه في حق أحد الدائنين. وإذا ترك بعض الورثة المطالبة بحقهم مدة التقادم، وبرهن بعضهم الآخر على انقطاع سريان مدة التقادم في حقهم بنقص أهليتهم أو لغيابهم أو لأي عذر آخر قبلت الدعوى منهم.

* * *

كتاب العقود على العموم





الباب الأول
في ماهية العقد وشرائطه

(مادة ٢٦٢) العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن تعريف العقد في بداية حديثه عن أحكام العقد. والعقود جمع عقد، يقال: عقدت على قلبي أي ألزمته وعزمت عليه، ولقلب المحبِّ حَلٌّ وعَقَدَ أيْ نقضٌ وإبرامٌ فيما يُعزَم عليه. وفي المُغْرِب: عقد الحبل عقدًا وهي العقدة، ومنها عقدة النكاح، والعَقْدُ: العهد، وعاقده: عاهده، وقرئ: « والذين عاقَدتْ أيمانكم » وعقَدت وعقَّدت، وهم موالي الموالاة، وكانوا يتماسحون بالأيدي، ومَعْقِدُ العز: موضعُ عقده وتقديم القاف تصحيف، واعتقد مالًا اتخذه وتأثله.

والعقد عندنا يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه، يتعلق بهما حكم. وكل العقود الركُن فيها الإيجابُ، ولكن بعض العقود لا يلزم فيها القبول استحسانًا، وإن كانت لازمة قياسًا؛ فالبيع والإجارة لا بد فيهما من الإيجاب والقبول. وأما الكفالة فالركن فيها الإيجاب والقبول؛ الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يطلق العقد في اللغة: ويراد به: الربط ضد الحل، ويطلق أيضًا ويراد به: الضمان والعهد، والمعاقد: المعاهد، وتعاقدوا: تعاهدوا.

وشرعًا هو: الارتباط بين الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره في المحل.

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

باطل: وهو ما حصل في أصله ما يوجب بطلانه، بأن فقد شرطًا من شرائط الانعقاد. وهذا القسم لا يترتب عليه حكم أصلًا.

وفاسد: وهو ما حصل في وصفه ما يوجب فساده بأن فقد شرطًا من شرائط صحته، كجهالة المبيع مثلًا. ويترتب على هذا العقد الملك بالقبض فيكون مضمونًا عليه بقيمته.

وصحيح: وهو ما لم يطرأ عليه ما يوجب بطلانه ولا فساده، بأن استوفى جميع شرائط انعقاده وشرائط صحته. وهذا الأخير عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر أولًا من كلام أحد المتعاقدين بقبول الآخر الصادر ثانيًا على وجه يترتب ويثبت أثره في المعقود عليه.

والمترتب على العقد هو: التزام كل من المتعاقدين بما تعهد به ووجب بالعقد للآخر، فالبيع مثلًا يترتب عليه نقل ملكية المبيع للمشتري والتزام المشتري بالثمن للبائع.

أبي يوسف الآخر. وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب، فأما القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي.

والهبة ركنها الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانًا. والقياس أن يكون ركنًا، وهو قول زُفَر. والعارية ركنها الإيجاب من المعير، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا، والقياس أن يكون ركنًا، وهو قول زُفَر. والقرض ركنه الإيجاب، والقبول. والإيجاب قول المقرض: أقرضتك هذا الشيء، أو خذ هذا الشيء قرضًا، ونحو ذلك. والقبول هو أن يقول المستقرض: استقرضتُ، أو قبلت، أو رضيت، أو ما يجري هذا المجرى، وهذا قول محمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف. وروي عن أبي يوسف أخرى: أن الركن فيه الإيجاب. والعقود التي يكون القبول ركنًا من أركانها فلا بد أن يكون هذا القبول موافقًا للإيجاب؛ فمثلًا: لا بد أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قَبِلَ غيرَ ما أوجبه أو بعضَ ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجابٍ مبتدأٍ موافقٍ.

والعقد إن توفرت فيه كافة الأركان وشروط الانعقاد والنفاذ والصحة واللزوم يترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر.

والعقود باعتبار كونها لازمة وغير لازمة تنقسم إلى: عقود تكون لازمة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من الجانبين، وعقود تكون جائزة من أحد الجانبين فقط. فأما الأول؛ فمنه البيع والسلم، وأما الثاني؛ فمنه الوصية والعارية، والثالث؛ منه الرهن؛ جائز من جانب المرتهن ولازم من جانب الراهن بعد القبض، والثالث؛ ومنه الكفالة جائزة من المطالب لازمة من جانب الكفيل.

وهي - أي العقود - على أربعة أقسام: صحيح: وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، **وباطل:** وهو غير مشروع أصلًا، **وفاسد:** وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، **وموقوف:** وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير.

والأصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم؛ لأن صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد، بل تدل على انعقاده. فإن قام الوصف بالموصوف، فإن الصفة تبع، وبانعدام التبع لا ينعدم الأصل، ثم العقود الشرعية لا تنعقد إلا مفيدة للحكم في الحال، أو في الثاني، ولا يمكن تعرف حكم العقد الفاسد من نفسه؛ لأن الشرع لم يرد بالإذن فيه، فلا بد من

أن يتعرف حكمه من الجائز، ولأن الحكم يضاف إلى أصل العقد لا إلى صفة الجواز، والذي يتعلق بصفة الجواز لزوم العقد بنفسه وذلك لا يثبت مع الفساد.

والعقد الفاسد يستحق فسخه ورده لأن مباشرته معصية، والإصرار على المعصية معصية. فلهذا قال ﷺ: « أَرْبَيْتُمَا فَرُدَّا »، ولم يعاتبهما على ما صنعا؛ لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد، فعذرهما بالجهل به.

والفاسد أعم من الباطل؛ لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله، والباطل غير المشروع بواحد منهما. ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه، وهذا يقتضي أنه يقال حقيقةً على الباطل، لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والأصول أنه يباينه؛ فإنهم قالوا: إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه، والباطل لا يفيد أصلًا فقابلوه به، وأعطوه حكمًا يباين حكمه، وهو دليل تباينهما بتباينهما. وأيضًا فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم أنه مشروع بأصله لا بوصفه. وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين؛ فإن المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادقان؟ اللَّهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركًا بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف، لكن نجعله مجازًا عرفيًّا في الأعم؛ لأنه خيرٌ من الاشتراك، وهو حقيقةٌ فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولهذا وجه بعضهم الأعمِّيَّة بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس: بَطُلَ اللحم، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به: فسد اللحم؛ فاعتبر معنى اللغة، ولذا أدخله بعضهم أيضًا في البيع الفاسد لشموله المكروه؛ لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور.

***

● (مادة ٢٦٣) يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقارًا لتمليكها بعوض أو بغير عوض[1].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقد على الأعيان لتملكها وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن تعريف العقد.

ذلك أن المعقود عليه إما أن يكون عينًا وإما أن يكون منفعة، وهذا في عقود التملكات سواء كانت بِعِوَض أو بغير عِوَض. وهناك عقود لحفظ العين وعقود خاصة لاستهلاكها وردِّ

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود ليست كلها بمعنى واحد، بل كل عقد له معنى خاصٌّ به، فيجوز أن يرد العقد على نفس الأعيان سواء كانت من المنقولات أو من العقار لأجل تمليكها بعوض وهذا العقد يسمى بيعًا.
ويجوز أن يرد على الأعيان منقولة كانت أو عقارًا لتمليكها بغير عوض في الحال ويسمى هبة أو في المآل ويسمى وصية.

بدلها، وتتناول هذه المادة العقود الخاصة بالأعيان لتملكها، سواء كانت منقولة أو عقارات تملك بِعِوَض كالبيع والهبة بشرط العوض وتملك بغير عوض كالهبة بغير عوض، وهذا في حال الحياة وأما إذا أضيفت إلى ما بعد الموت فكالوصية.

* * *

(مادة ٢٦٤) يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضًا ورد بدلها[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقد على حفظ الأعيان أو لاستهلاكها بالانتفاع بها ورد بدلها، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على الأعيان لتملكها.

والإنسان قد يحتاج الي حفظ أعيانه فشرع الشارع الحكيم لهذه الحاجة عقد الوديعة.

والإيداع: هو تسليط الغير على حفظ ماله الذي يتركه عند الأمين، والإيداع عقد جائز؛ لأنه تصرف من المالك في ملكه، وقد يحتاج إليه عند إرادة السفر، والحاج يحتاج إلى إيداع بعض ماله في كل موضع؛ لينتفع به إذا رجع، والمودع مندوب إلى القبول شرعًا؛ لما فيه من الإعانة على البر. قال اللَّه تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٢]. وقال ﷺ: « واللَّه في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »[٢]. وبعد القبول، عليه أداء ما التزم، وهو الحفظ، حتى يؤديها إلى صاحبها؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨]. وقد قيل في سبب النزول: إن المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة؛ لأنه حين أتاه به قال: خذه بأمانة اللَّه تعالى، ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة. قال ﷺ: « من ائتمن أمانة فليؤدها » وقال ﷺ: « أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك »[٣]. وقال ﷺ: « علامة المنافق ثلاثة: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان »[٤]، وعلى الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق، وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه؛ فيضعها في بيته، أو صندوقه؛ لأنه وعد لصاحبها ذلك، وخلفُ الوعد مذمومٌ، وإذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم، والغرور في حق صاحبها، وذلك حرام.

وأما العقود الواردة على استهلاك الأعيان للانتفاع بها ورَدِّ مثلها وذلك يكون بالقرض.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: قد يرد العقد على نفس العين لاستهلاكها ورد مثلها ويسمى قرضًا، وتارة يرد على العين لحفظها ويسمى وديعة. وسيأتي تعريف كل عقد وحكمه وشروطه في محله.

(٢) صحيح مسلم: ٤/ ٢٠٧٤ برقم (٢٦٩٩).

(٣) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٠ برقم (٣٥٣٥).

(٤) صحيح مسلم: ١/ ٧٨ برقم (٥٩).

وشرع هذا العقد لأن الناس قد احتاجوا في معاشهم إلى استهلاك أعيان ورَدِّ مثلها أو قيمتها في أوقات متأخرة عن استهلاكهم، فشرع لهم القرض فالقرض شرع لحاجة الناس، وهو عقد مخصوص يَرِدُ على دفع مال مثلي لآخر ليَرُدَّ مثله، وعليه فلا بد من استهلاك العين المقرضة وردِّ مثلها إن كان لها مِثْلٌ، وذلك بخلاف عقد الإعارة؛ لأن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن اعتبارها إعارة حقيقية، فتصحح قرضًا مجازًا لوجود معنى الإعارة فيه[1] وعليه فان أطلق على القرض عاريةٌ فهو مجاز.

فعارية الثمنَيْنِ والمَكِيْل والموزون والمعدود والمتقارب عند الإطلاق قرضٌ، ضرورةَ استهلاكِ عينها، فيضمن المستعيرُ بهلاكها قبل الانتفاع؛ لأنه قرض حتى لو استعارها ليعيِّـرَ الميزان أو يُزيِّن الدكان كان عارية، ولو أعار قصعة ثريد فقرضٌ، ولو بينهما مباسطة فإباحةٌ، وتصح عارية السهم ولا يضمن؛ لأن الرمي يجري مجرى الهلاك[2].

وقد ذكرنا أن الملتحق من الأعيان بالمنافع - عرفًا وعادةً - له حكمها في كونها عارية لا قرضًا، كما إذا منح إنسانًا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها؛ لأن ذلك معدود من المنافع عرفًا وعادةً، فكان له حكم المنفعة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: « **ألا رجل يمنح أهل بيت ناقة تغدو بعُس وتروح بعُس إن أجرها لعظيم** »[3] وهذا يجري مجرى الترغيب، كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة، وكذا لو منح جديًا أو عناقًا كان عارية؛ لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه.

* * *

❁ (مادة ٢٦٥) يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض: إجارة، أو بغير عوض: إعارة وردِّ عينها لصاحبها[4].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقود على منافع الأعيان للانتفاع بها، سواء كان هذا الانتفاع مقابل عِوَضٍ أو بلا عوض، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقود على الأعيان لحفظها، أو لاستهلاك عينها وردِّ مثلها.

---

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ٢١٥. (٢) رد المحتار: ٥/ ٢٨٢.

(٣) صحيح مسلم: ٢/ ٧٠٧ برقم (١٠١٩).

(٤) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: كما يرد العقد على نفس الأعيان. فقد يرد على منافعها لأجل الانتفاع بها، فإن كان بعوض فهو إجارة. وإن كان بغير عوض فهو إعارة إن كان تسليم العين للانتفاع بها في حياة مالكها. وإن كان تسليمها للمنتفع بعد موت المالك سمي وصية بالمنافع.

وكما سبق أن ذكرنا أن المنافع عندنا ليست بأموال على الحقيقة وإن أخذت حكمها بالعقد؛ وذلك لأنها لا تتولد من العين، ولكنها أعراض تحدث في العين شيئًا فشيئًا وكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، لهذا لا تبقى زمانين وليس لما لا يبقى زمانين إمكانية الادخار لوقت الحاجة.

والأصل أن ملك المنفعة تابع لملك العين، إلَّا إذا أفرد المنفعة بالتمليك. وإنما شرع هذا التمليك لحاجة الناس إليه؛ وذلك لأن اللَّه تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن، ولا يجد من يهبها له؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى هذا النوع من التمليك، والشرعُ شَرَعَ لكل حاجة عقدًا يختص بها فَشَرَعَ لتمليك العين بعوض عقدًا وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقدًا وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بعوض عقدًا وهو الإجارة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدًا، وهو الإعارة.

وقد يتحقق فصل ملكية المنفعة عن ملكية الرقبة قبل الشراء؛ فقد يتملك الإنسان ملك الرقبة، لكنه لا يملك المنفعة، وذلك مثل الجواري فقد يتملك الإنسان الجارية ولكن ليس له ملك المتعة بها؛ لأنها قد تكون أخته من الرضاعة أو تكون منكوحة لغيره.

وعليه فيصح تمليك المنافع بدون رقبتها بعوض وغيره، سواء كانت هذه الأعيان عقارات كالأراضي للزراعة، أو منقولات كالدواب في الحمل والركوب.

وهذا الملك أي ملك المنفعة يثبت ساعة فساعة فتراخي حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة ملكًا واستحقاقًا، يعني يثبتان معًا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار.

وهذا الملك يعتبر ملكًا ناقصًا كما سبق، ويلزم فيه التأقيت رفعًا للمنازعة في العقود اللازمة، ولا يلزم في العقود غير اللازمة.

وفي العقود المختصة بتمليك المنافع دون رقابها، تقام العينُ المنتفعُ بها الموجودةُ في ملك العقد مقامَ المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه والتسليم، وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقامَ ملكِ المعقود عليه في حكم جواز السلم، أو يجعل العقد مضافًا للانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكنُّ من

استيفاء المعقود عليه، وهو معنى قول مشايخنا الأحناف: إن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، وإنما يفعل ذلك لحاجة الناس، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقًا لأصول الشرع.

كما أنه لا بد من إعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة في العقود اللازمة كالإجارة، خلاف العقود غير اللازمة كالإعارة، فالجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب الفساد؛ وهذا لأنها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة، بخلاف المعاوضات فإنها لازمة والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة وإعلام المنفعة ببيان المدة، أو المسافة، وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت في العقد فإن المنافع لما كانت تحدث شيئًا فشيئًا فمقدارها يصير معلومًا ببيان المدة، بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات، أو ببيان المسافة فإن مقدار السير والمشي يصير به معلومًا، وكذلك ببيان محل المنفعة.

وهذه العقود التي تملك المنافع بعوض وبغيره تبطل بموت مالكها أي مالك المنفعة دون رقبتها؛ لأن المنافع أصلًا لا تحتمل التوريث، لأنها تحدث شيئًا فشيئًا، لهذا كانت هذه العقود تنعقد شيئًا فشيئًا.

وإذا كان ذلك كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث؛ إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته، بخلاف بيع العين؛ لأن العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأسًا؛ لأنها كانت معدومة حال حياة المورث، والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث.

فلهذا تبطل الإجارة بموت المستأجر وتبطل الإعارة بموت المستعير، وكذلك تبطل الوصية بالمنافع بموت الموصى له.

ومع ذلك فهذه العقودُ الأصلُ فيها أن تبطل كذلك بموت مالك الرقبة أيضًا؛ وذلك لأن العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، فلا تجري هذه العقود إلا بإذن الوارث لأنها ملكه، ويعتبر هذا الإذن بمثابة عقد جديد ولكن الوصية بالمنافع لا تبطل بموت مالك الرقبة؛ لأن عقدها أي الوصية أوسع العقود؛ ألا ترى أنها تحتمل ما لا يحتمله سائر

العقود من عدم المحل، والخطر، والجهالة؛ ولأنها لم تقع بمال الوارث بخلاف الإجارة والإعارة؛ وذلك لأن الوارث يملك الرقبة فقط إذا أوصى بمنفعتها، ولقد سبق أن ذكرنا أن ملك المنفعة ينفصل عن ملك الرقبة إذا جرى تمليكها، والموصي هنا إذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودًا بالتمليك، وله هذه الولاية، فلا يبقى تبعًا لملك الرقبة بل يصير مقصودًا بنفسه، بخلاف الإعارة؛ لأن المعير، وإن جعل ملك المنفعة مقصودًا بالتمليك لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة لا بعد الموت، فينتفي العقد بالموت. وأما الوصية، فتمليك بعد الموت، فكان قصده تمليكه المنفعة بعد الموت، فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت، فهو الفرق، ونظيره مَنْ وكل وكيلًا في حال حياته، فمات الموكل ينعزل الوكيل، ولو أضاف الوكالة إلى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيًّا بعد موته.

* * *

❁ (مادة ٢٦٦) يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة[(١)].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن ورود العقد علي عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة، وذلك بعد أن تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على منافع الأعيان.

ذلك أن الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، **والأجير قد يكون خاصًّا** وهو الذي يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الواحد، وقد يكون مشتركًا وهو الذي يعمل لعامة الناس، وهو المسمَّى بالأجير المشترك، ومعناه أن لا يختص بواحد عَمِلَ لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن لا يكون عاملًا لغير واحد بل إذا عمل لواحد أيضًا فقط فهو مشترك، إذا كان لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره. الأجير المشترك: مَنْ يعمل لا لواحد أو يعمل له غير مؤقت أو مؤقتًا بلا تخصيص. وفي القدوري: الأجير المشترك: مَنْ لا يستحق الأجر حتى يعمل، والأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل.

واعلم بأن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السَّلَم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما؛ فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه، وهو الاستصناع،

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يجوز أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية، كالصباغة أو التجارة أو على خدمة معينة، كرعي الدواب أو تنظيف البيت وهذا « هو الأجير » وهو إما مشترك وهو مَنْ يعمل لغير معين، أو خاص وهو من يعمل لواحد معين أو لقوم معينين. وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن الإجارة إن شاء اللّه تعالى.

فالمستصنع فيه مبيع عين ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والعمل مشروط فيه؛ وهذا لأن هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم. والاستصناع استفعال من الصنع، فعرفنا أن العمل مشروط فيه، والفرق بينه وبين ما إذا أسلم حديدًا إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى فإنه جائز، ولا خيار له فيه إذا كان مثل ما سمى؛ لأن ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به، وذلك لا يتأتى هنا فإن بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فأما في الاستصناع المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن؛ فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه؛ ولأن الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية، فيما يكون محلَّه الذمةُ كالمسلم فيه، فأما في الاستصناع المقصود هو العين، والعقد يرد عليه حتى لو صار دينًا بذكر الأجل عند أبي حنيفة - رحمه اللَّه - لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك، وإن أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدًا مثل حديده ويصير الإناء للعامل، وإن شاء رضي به وأعطاه الأجر؛ لأن العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله، وموافق من وجه وهو إقامة أصل العمل وإن شاء مال إلى جهة الخلاف وجعله كالغاصب.

ومن غصب حديدًا وضربه إناءً فهو ضامن حديدًا مثله والإناء له بالضمان، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق ورضي به متغير الصفة، فأخذ الإناء وأعطاه الأجر كالمشتري، وإذا وجد بالبيع عيبًا إلا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأنه إنما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى؛ لأن المنفعة إنما تتقوم بالعقد والتسمية، ولم يوجد ذلك فيما زاد على المسمى؛ ولأنه لما رضي بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد، وهذا بخلاف المشتري؛ فإنه لو رضي بالعيب يلزمه جميع الثمن؛ لأن الثمن بمقابلة العين دون الأوصاف، والفائت بالعيب وصف، وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالإفساد ينعدم ذلك العمل؛ فلهذا لا يلزمه جميع المسـ ى، وإن رضي به، وكذلك كل ما يسلمه إلى عامل ليصنع له شيئًا مسمى، كالجِلْد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه خُفَّيْن، والغزل يسلمه إلى حائكٍ لينسجه، فلو استصنع عند حائك ثوبًا موصوف الطول والعرض والرفعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخف وغيره.

وإنما جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل، ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول: إنه لا يجوز. ولو ضرب لهذا الثوب أجلًا، وتعجل الثمن كان جائزًا وكان سلمًا لا خيار له فيه. وإن فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قيل: هذا قول أبي حنيفة - رحمه اللَّه - فأما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الأجل فيه لا يصير سلمًا، فالاستصناع الفاسد بذكر الأجل

كيف يكون سلمًا صحيحًا؟ فإن الأجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد، فذكر الأجل فيه يكون لغوًا. والأصح أنه قولهم جميعًا، والعذر لهما أن تحصيلَ مقصود المتعاقدين بحسب الإمكان واجبٌ، ففيما للناس فيه تعاملٌ أمكن تحصيلُ مقصودهما على الوجه الذي صرح به، وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن، فيصار إلى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلمًا. توضيحه: أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لإقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعًا عينًا، فأما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لإقامة العمل في العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينًا وذكر المدة لتأخير المطالبة، وهذا هو معنى السلم فيجعله سلمًا لذلك.

أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع - من خفَّاف أو صفَّار أو غيرهما -: اعمل لي خفًّا، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدًا - رحمه اللَّه - ذكر في جوازه القياسَ والاستحسانَ، وذلك لا يكون في العِدَاتِ، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود. ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شُرِطَ فيه العمل. وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع لجاز. ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل، لا في الماضي. والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا؛ فكان مأخذ الاسم دليلًا عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما.

وأما جوازه، فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم. وقد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانًا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نُكْرٍ، وقد قال ﷺ:

« **لا تجتمع أمتي على ضلالة** »[1] وقال ﷺ: « **ما رأى المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئًا فهو عند الله سيئ** »[2]. والقياس يُترك بالإجماع، ولهذا تُرك القياس في دخول الحمّام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعه الشارب للسقاء، من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل كذا هذا؛ ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خفّ، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفةٍ مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعًا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدوم؛ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمُسْلَم فيه: فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزًا.

***

(مادة ٢٦٧) يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة العقد، ومحل يضاف إليه، ويشترط لصحة أي عقد أهلية العاقدين، وكون العقد مفيدًا وكون المحل قابلًا لحكم العقد، وكونه مما يقصد شرعًا[3].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن الشروط الواجب توافرُهَا في كل العقود، وذلك بعد أن

---

(١) سنن ابن ماجه: ٢/ ١٣٠٣؛ برقم (٣٩٥٠).

(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ١/ ٣٧٩ برقم (٣٦٠٠).

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لا يتحقق أي عقد إلا إذا استكمل أشياء ثلاثة:

الأول: العاقدان حتى يتحقق ركن العقد وهو الإيجاب والقبول.

الثاني: صيغة العقد الدالة عليه؛ لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه.

الثالث: المحل الذي يرد عليه العقد ويضاف إليه؛ لأن العقد عبارة عن التعهد والالتزام بشيء ولا يعقل وجوده بدون ملتزم به.

وهذه الأمور الثلاثة كافية لتحقق العقد، ولكن لا تكفي لصحته وترتب أثره عليه، بل لا بد لذلك من شروط أربعة:

الأول: أهلية العاقدين بأن يكون كلٌ منهما عاقلًا مميزًا.

الثاني: كون العقد مترتبًا عليه فائدة، فلا يصح أن يرد على بدل جنيه بمثله مثلًا لأنه لا فائدة في ذلك.

الثالث: كون المعقود عليه الذي هو محل العقد قابلًا لحكمه وأثره المترتب عليه، فلو لم يقبل أثره لا يكون منعقدًا وبالأولى لا يكون صحيحًا؛ فلو ورد عقد البيع مثلًا على مسجد عامر لا يكون البيع منعقدًا ولا صحيحًا.

الرابع: كون العقد مما يصح قصده شرعًا كالعقد الوارد على بيت مثلًا؛ فلو كان العقد غير معتبر في الشرع لا يكون صحيحًا، بل يكون فاسدًا، كأن يستأجر شخص ملابسَ بشرط أن لا يلبسها بل ليعلِّقها في بيته كي يراها الناس، فيقولون: عنده ملابس كذا، أو يستأجر فرسًا لا ليركبه بل ليجعله جنيبًا يمشي خلفه ليقال: عنده جنيب؛ لأن الشريعة إنما تنظر إلى الفائدة الحقيقية.

تكلم في المادة السابقة عن ورود العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة.

والعقد ارتباط بين طرفين (العاقدين) بصيغة تدل على المقصود من هذا العقد، ومحلٍّ لهذا العقد، فيشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة العقد، ومحلٌّ يضاف إليه.

والثاني: العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقدًا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانًا. والقياس أن لا يجوز ذلك أيضًا وهو قول زفر - رحمه اللَّه -. وجه القياس: أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد، وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلمًا ومتسلمًا طالبًا ومطالبًا، وهذا محال ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلًا من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة. ويصلح رسولًا من الجانبين؛ لأن الرسول لا تلزمه الحقوق، فلا يؤدي إلى الاستحالة، وكذا القاضي يتولى العقد من الجانبين؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، فكان بمنزلة الرسول، وبخلاف الوكيل في باب النكاح؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، فكان سفيرًا محضًا بمنزلة الرسول. وجه الاستحسان: قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فيملكه الأب، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانًا على وجه الأحسن بحكم الحال. والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال؛ لكمال شفقته، فكان البيع والشراء بذلك قربانًا على وجه الأحسن، وقوله: يؤدي إلى الاستحالة قلنا: ممنوع، فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه، وهو بالغ، فتعدد العاقد حكمًا، فلا يؤدي إلى الاستحالة.

***

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في أهلية العاقدين

❁ (مادة ٢٦٨) يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء والإيجار والاستئجار والشركة والحوالة والرهن والوكالة ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كلٌّ من العاقدين مميزًا يعقل معنى العقد ويقصده، ولا يشترط بلوغهما. غير أن عقودهما لا تكون نافذة إن كانا محجورًا عليهما[1] (راجع المادة الآتية وما بعدها).

تكلم المؤلف في هذه المادة عن أن التصرفات الدائرة بين النفع والضر يشترط لانعقادها أن يكون كلٌّ من العاقدين مميزًا، ولا يشترط بلوغهما، وذلك في بداية حديثه عن أهلية العاقدين.

والعقود منها ما هو دائر بين النفع والضر؛ كالبيع والإجارة والوكالة والحوالة، ومنها ما هو مضر؛ كعقود التبرعات كالإعارة والهبة والقرض بالنسبة للمتبرع، ومنها ما هو نافع كالهبة للموهوب له.

أولًا: شروط العاقدين في الإجارة:

الذي يرجع إلى العاقد: هو أن يكون عاقلًا حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، كما لا ينعقد البيع منهما. وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأذونًا ينفذ، وإن كان محجورًا يقف على إجازة الولي عندنا، خلافًا للشافعي، وهي من مسائل المأذون. ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له، أما استحقاق

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود:
إما أن تكون نافعة نفعًا محضًا، كالهبة بالنسبة للموهوب له.
وإما أن تكون مضرة ضررًا بينًا، كالهبة بالنسبة للواهب.
وإما أن تكون محتملة للنفع والضرر، كعقود المعاوضات مثل البيع.
فجميع أنواعها لا بد فيه من أهلية المتعاقدين واستعدادهما للعقد وفهمهما ما يراد منه، بأن يكون كلٌّ منهما عاقلًا معنى العقد قاصدًا له ولا يشترط عدم الحجر إذا كان العقد خيرًا محضًا بالنسبة لغير البالغ، فيكون نافذًا بدون توقف على إجازة الولي، وإن كان في غير صالحه بأن كان مضرًّا ضررًا محضًا، فلا ينعقد أصلًا، وإن أجازه الولي، كما سيبين قريبًا.
وإن كان مترددًا بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والشركة والحوالة والوكالة ونحو ذلك من كل عقد يحتمل النفع والضرر انعقد موقوفًا على إجازة الولي إجازة معتبرة شرعًا.

الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظرًا له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليمًا في النفاذ فيستحق الأجرة، ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير. وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقه، ولو هلك الصبي وليه، في يد المستأجر في المدة ضمن؛ لأنه صار غاصبًا حيث استعمله من غير إذن وليه، ولا يجب الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة، وعليه الأجر في ماله؛ لأن إيجاب الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف مَنْ عليه الواجبُ.

ثانيًا: شروط العاقدين في البيع:

يرجع إلى العاقد نوعان من الشروط: أحدهما أن يكون عاقلًا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه. فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفًا على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، وعند الشافعي شرط فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلًا، وكذا ليس بشرط النفاذ في الجملة، حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه، وعنده لا ينفذ.

ثالثًا: شروط العاقدين في الحوالة:

يشترط في المحيل عدة شروط: (منها): أن يكون عاقلًا، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها، (ومنها): أن يكون بالغًا، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفًا نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بما لها، خصوصًا إذا كانت مقيدة؛ فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه. وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة؛ لأنها من قِبَلِ المحيل ليست بتبرع؛ فتصح من المريض.

رابعًا: الشروط الواجب توافرها للعاقدين في الوكالة أنواع:

بعضها يرجع إلى الموكل، وبعضها يرجع إلى الوكيل، وبعضها يرجع إلى الموكل به، أما الذي يرجع إلى الموكل: فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه، كيف يحتمل التفويض إلى غيره؟ فلا يصح التوكيل من المجنون، والصبي الذي لا يعقل أصلًا؛ لأن العقل من شرائط الأهلية، أَلَا تَـرَى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما؟ وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه،

كالطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، ونحوها من التصرفات الضارة المحضة، ويصح بالتصرفات النافذة؛ كقبول الهبة، والصدقة، من غير إذن المولى؛ لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه، فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل. وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع؛ كالبيع، والإجارة؛ فإن كان مأذونًا له في التجارة يصح منه التوكيل بها؛ لأنه يملكها بنفسه وإن كان محجورًا ينعقد موقوفًا على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضًا، كما إذا فعل بنفسه؛ لأن في انعقاده فائدة، لوجود المجيز للحال، وهو الولي.

خامسًا: شروط العاقدين في الرهن:

(أما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن: فعقلهما؛ حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل. (فأما) البلوغ فليس بشرط، والسفر ليس بشرط لجواز الرهن؛ فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعًا؛ لما روي أن رسول اللَّه ﷺ استقرض بالمدينة من يهودي طعامًا ورهنه به درعه، وكان ذلك رهنًا في الحضر؛ ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين بالرهن عن تواء الحق بالجحود والإنكار وتذكره عند السهو والنسيان، والتنصيص على السفر في كتاب اللَّه تعالى ﷻ ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة، كقوله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور: ٣٣].

***

(مادة ٢٦٩) المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاتِهِ عُقُودُهُ باطلةٌ، لا تنعقد أصلًا، سواء كانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النفع والضرر.

والكبير المجنون جنونًا غالبًا على عقله حكمُهُ حكمُ الصغير الذي لا يعقل؛ فلا تصح عقوده التي يعقدها حال جنونه بل تكون باطلة أيضًا، فإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فعقوده التي يعقدها حال إفاقته وهو تام العقل تكون صحيحة نافذة[1].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العاقد إما أن يكون غير محجور عليه، وإما أن يكون محجورًا عليه بسبب من أسباب الحجر. فتصرف الأول نافذ متى كان مستوفيًا شرائط النفاذ. وأما المحجور عليه، فلا يخلو، إما أن يكون غير عاقل بأن كان صبيًا غير مميز أو مجنونًا، وإما أن يكون عاقلًا بأن يكون صبيًا مميزًا عالمًا بأن البيع سالب للمبيع جالب للثمن قاصدًا معناه راغبًا من هذا العقد الحصول على الربح، أو معتوهًا (وهو قليل الرأي والتدبير يخلط جده بهزله بخلاف المجنون، فإنه هو الذي لا يفهم معنى ما يقول ولا يقصد نتائجه. وصرح بعضهم بأن العته نوع من أنواع الجنون لأن الجنون فنون). والمميز إما أن يكون مأذونًا له في التجارة أو لا، ولكلٍّ حكمٌ.

فإن كان المحجور عليه صبيًا لا يعقل، فعقوده كلها باطلة مطلقًا سواء كانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النفع والضرر، وكذا جميع عقود المجنون حال جنونه؛ لأن العقود لا بد فيها من العقول حتى تكون مقصودة ولا عقل فلا عقد. نعم إذا كان المجنون يفيق أحيانًا، فعقوده حال وجود عقله نافذة لانتفاء المانع.

(أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها؛ فلا يجوز طلاقه وإقراره، ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة، ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، وكذا الصبي الذي لا يعقل؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل. وأما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع، وأما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفًا على إجازة وليه فإن أجاز جاز، وإن ردَّ بطل. وعند الشافعي لا تنعقد أصلًا، وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل، وأما التصرفات الفعلية وهي الغصوب والإتلافات فهذه العوارض وهي: الصبا، والجنون، والرق لا توجب الحَجْرَ فيها، حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئًا فضمانه في مالهما.

(وأما) السفيه فعند أبي حنيفة ليس بمحجور عن التصرفات أصلًا، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد، وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يُمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله.

(فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيهًا ومُنع عنه ماله نفذ تصرفه، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده.

(وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته وهبته، وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ.

(وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه، والزكاة في ماله، وحجة الإسلام، وينفق على زوجاته، وأقاربه، ويؤدي الزكاة من ماله، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة، ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة، ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرًا أجاز وما كان فيه مضرة رده.

***

❁ (مادة ٢٧٠) إذا كان المحجور عليه صبيًّا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا تصح تصرفاته وعقوده

التي تكون نافعة له نفعًا محضًا، وتنفذ ولو لم يجزها الولي أو الوصي، وأما تصرفاته وعقوده المضرة بمصلحته ضررًا محضًا فهي كتصرفات الصبي الغير المميز، وعقوده لا تصح أصلًا ولو أجازها الولي أو الوصي[١].

تكلم المؤلف في هذه المادة عن حكم تصرف الصبي المميز واعتبار تصرفه إذا كان في حقه نفعًا محضًا وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، كقبول الهدية والهبة، وبطلان تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه، كأن يهب لآخر شيئًا. أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا.

مثلًا: إذا باع الصغير المميز مالًا بلا إذن وليه إن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفًا على إجازة وليه؛ لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل.

ويعتبر تصرف الصغير المميز الذي يكون في حقه نفعًا محضًا أي: التصرف النافع نفعًا دنيويًا من كل وجه، ولو لم يأذن به الولي ولم يجزه؛ لأن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز مبني على احتمال الضرر في تصرفاته، ولما انتفى الضرر فالتصرف معتبر، إلا أنه يشترط أن يكون المال الموهوب شيئًا نافعًا للصغير.

فلذلك لو آجر الصغير المميز نفسه من آخر لإجراء عمل، وأوفى ذلك العمل استحق الأجرة، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض أي: تصرفه تصرفًا دنيويًا مضرًا من كل وجه؛ كأن يهب لآخر شيئًا أو يهديه إياه أو يتصدق به عليه أو يقر له به أو يبرئه منه، ولو أذنه بذلك وليه وأجازه؛ لأنه يشترط في اعتبار مثل هذه التصرفات الضارة الأهلية الكاملة؛ أي: العقل والبلوغ، ولذلك اشترط كون الكفيل عاقلًا بالغًا في انعقاد الكفالة واشترط العقل والبلوغ في الواهب؛ لأنه لا تعتبر جهة النفع الأخروي في تصرف الصغير.

وعليه فالصدقة والقرض وأمثالهما من التصرف، وإن كان فيها نفع أخروي فليست

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا كان المحجور عليه صبيًا مميزًا غير مأذون له في التجارة أو كبيرًا ولكنه معتوه، فإما أن يكون تصرفهما وعقودهما نافعة لهما نفعًا محضًا، كقبولهما الهبة والوصية لهما، وإما أن تكون غير نافعة لهما بل كان ضررها بينًا، كأن يهب واحد ماله لغيره، وإما أن تكون محتملة للنفع والضرر مثل البيع كما تقدم.

فإن كان الأول، فجميع تصرفاتهما نافذة ولو لم يجزها وليهما.

وإن كان الثاني، فجميع تصرفاتهما باطلة، وإن أجازها من له الولاية على مالهما؛ لأن تصرف الولي منوط بمصلحة من له الولاية عليه، ولا مصلحة في الإجازة في هذه الحالة فتلغو.

بصحيحة لما فيها من ضرر دنيوي. فعليه لو أبرأ الصغير وصيه من كذا درهمًا له في ذمته فلا يصح ذلك الإبراء، وكذلك إذا أجاز الصبي المميز بعد البلوغ تصرفاته كالهبة والهدية والصدقة فلا تصح إجازته؛ لأنه يكون قد أجاز تصرفًا باطلًا، والتصرف الباطل لا يقبل الإجازة، على أن له أن يجدد العقد بعد البلوغ. ويستفاد من بيان عدم صحة التصرفات المضرة ضررًا محضًا ولو أذن بها وليُّ الصغير - أنه ليس لولي الصغير أو وصيه أو القاضي أن يهب مال الصغير أو أن يتصدق به أو يهديه.

وفي صحة إجازة التصرفات العائدة للصغير وعدم صحتها توجد القاعدتان الآتيتان:

القاعدة الأولى: كل تصرف يستطيع ولي الصغير أو وصيه الإتيان به في مال الصغير إذا تصرف أحد غيره هذا التصرف كان موقوفًا على الإذن، ويصح هذا الإذن من الولي أو الوصي كما يصح أيضًا من الصبي بعد البلوغ أو بعد أن يؤذن.

فعليه يكون بيع الصبي موقوفًا على الإذن، كما أنه لو باع الأجنبي مال الصغير يكون بيعه موقوفًا على الإذن أيضًا؛ لأن الإجازة انتهاءً كالإذن ابتداءً؛ إذ كما تكون هذه التصرفات نافذة بفعل ولي الصبي أو وصيه أو بفعل الصبي المأذون أو البالغ ابتداءً تكون أيضًا نافذة بالإجازة انتهاء.

القاعدة الثانية: كل تصرف لا يمكن لولي الصغير أو وصيه أن يتصرفه كانت الإجازة باطلة إذا تصرفه الصغير أو الأجنبي وأجازه الولي أو الوصي بعد البلوغ، أو بعد الإذن، وعليه فهبة الصغير تكون باطلة، ولا تكون موقوفة على الإذن، كما أنه لو وهب أجنبي مال الصغير من آخر فضولًا، فلا تكون هذه الهبة موقوفة بل تكون باطلة. والحكمة في نفاذ التصرفات النافعة وبطلانها في غير النافعة وإيقافها على الإذن في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: هي أن الصبي المميز باعتباره عاقلًا يشبه العاقل والبالغ، وباعتبار قصور عقله وعدم توجه الخطاب إليه أي: عدم تكليفه هو مماثل للطفل الذي لا يعقل، ولذلك تثبت ولاية الغير عليه، وألحق الصبي المميز في التصرفات التي هي نفع محض له بالبالغ، وألحق بالطفل في التصرفات التي هي ضرر محض له. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فبما أنه يحتمل الضرر فيها لنقصان عقل الصغير، كما أنه يؤمل أن يكون فيها نفع فلذلك إذا أذنه الولي يكون قد رجح جانب المصلحة، أي: أن الولي يكون قد رأى منفعة في ذلك التصرف فيصبح ذلك التصرف صحيحًا؛ وعليه فتصرفات الصغير المميز تكون نافذة على ثلاثة أوجه:

١ - إذا تصرف بعد الإذن.

٢ - إذا تصرف قبل الإذن وأجازه الولي بعد ذلك.

٣ - إذا تصرف قبل الإذن وأجاز تصرفه بنفسه بعد الإذن أو بعد البلوغ[١].

وقد تناولت المادة (١١١) من القانون المدني المصري حكم تصرفات الصبي المميز ونصها:

١ - إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا وباطلة متى كانتْ ضارة ضررًا محضًا.

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة في النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون وهو ما بينته المادة (٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة (٩٧) من التقنين العراقي والمادة (١١٨) من التقنين الأردني[٢].

***

● (مادة ٢٧١) المحجور عليه سواء كان صبيًّا مميزًا أو كبيرًا ذا عَتهٍ أو رقيقًا إذا عقد عقدًا من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي لا يشترط البلوغ لصحة انعقادها فلا ينفذ عقده ولا يترتب عليه حكم إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولى إجازةً معتبرةً؛ فإن أجازه جاز ونفذت أحكامه، وإن لم يجزه أو أجازه أو كان فيه ضرر؛ كأن كان فيه غبن فاحش زيادةً أو نقصًا فلا يجوز ولا ينفذ أصلًا.

إذا كان التصرف دائرًا بين النفع والضرر، فتصرف الصبي الكبير أو المعتوه موقوف على إجازة مَنْ له الولاية على ماله؛ لأن رأيهما ناقص فجعل النظر للولي ليختار الصالح، فإن أجاز تصرفهما جاز بشرط أن تكون الإجازة معتبرة، بأن كان التصرف خاليًا من الغبن الفاحش، وكان المبيع والبائع والمشتري موجودين والثمن أيضًا إن كان من الأعيان.

وإنما لزم في صحة الإجازة خلو التصرف من الغبن الفاحش؛ لأنه لو كان موجودًا لكان العقد مضرًّا ضررًا محضًا، ولزم وجود المبيع والمتعاقدين لقولهم: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فكأن الوصي بهذه الإجازة وَكَّل المحجور عليه في هذا العقد وحينئذ يكون العقد حصل وقت الإجازة. ومن المعلوم أنه لا بد للعقد من وجود المبيع والعاقدين. وبهذا لزم

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (مادة ٩٦٧) وشرحها.

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ص: ٢٣.

وجود الثمن أيضًا إن كان من الأعيان القيمية؛ لأنه حينئذ يكون ثمنًا من وجه ومبيعًا من وجه آخر. وتقدم أنه يلزم وجود المبيع وقت العقد. وإن لم يجز الوصي العقد بأن أبطله، أو أجازه ولكنه كان فيه غبن فاحش زيادة إذا كان المحجور عليه مشتريًا أو نقصًا إذا كان بائعًا، أو كان أحد العاقدين أو المبيع أو الثمن لو كان عرضًا غير موجود فلا يجوز ولا ينعقد أصلًا. وهو ظاهر.

***

(مادة ٢٧٢) الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصح عقود بيعه وشرائه وتوكيله غَيْرَهُ بالبيع والشراء وإجارته واستئجاره ومزارعته ومساقاته ورهنه وارتهانه، ويجوز إقراره بدين أو عين لمن تقبل شهادته له أو عارية أو وديعة وحطه من الثمن بعيب قدر ما يحط التجار، وتجوز له المحاباة وتأجيل الدين والصلح عن دين له على بعضه إن لم تكن له بينة، وليس له أن يقرض ولا يهب ولا يكفل عن غيره[1].

وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف، فالضابط: أن كل ما كان من باب التجارة أو توابعها

(١) قال الشيخ الإبياني: إذا كان المحجور عليه صبيًّا أو رقيقًا مأذونًا لهما بالتجارة فكل تصرف يعد من شأن التجار بأن كان مما يحتاج إليه في التجارة يجوز لهما توليته. وينبني على ذلك أن لهما البيع والشراء بشرط أن يكونا بمثل القيمة أو بيسير الغبن وهو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة. وعرّفه بعضهم بأنه ما لم يزد عن الخمس، وهذا الغبن متسامح فيه بالاتفاق. وأما إذا كان بغبن فاحش، وهو ما لا يدخل تحت التقدير، أو ما زاد على الخمس، بأن باع الصبي أو الرقيق شيئًا من الأموال المأذون لهما بالتجارة فيها بأقل من قيمته أو اشترى شيئًا بأكثر منها، وكان كلٌّ من النقص والزيادة فاحشًا ففيه خلاف بين الصاحبين وأبي حنيفة، فهما يقولان بعدم الجواز، وهو يقول به. واستدلا على رأيهما بأن العقد صار مضرًّا ضررًا محضًا لاشتماله على فاحش الغبن؛ ولأن الغبن الفاحش جارٍ مجرى التبرع، ولذلك اعتبر من ثلث مال المريض مرض الموت إذا باع أو اشترى بفاحش الغبن.

واستدل الإمام على رأيه بأن الإذن يرفع الحجر، فيعم سائر أنواع التصرفات، ولأنه ربما يكون البيع بغبن فاحش وسيلة لأمر مهم يعود عليه بفائدة عظيمة. والظاهر أن رأي الصاحبين أوفق وأرفق بالصبي، اللهم إلا إذا علم أنه وسيلة لفائدة مهمة فإنه في هذه الحالة ينبغي العمل بقول الإمام؛ لأن الغرض مراعاة المصلحة. وكما يملكان البيع والشراء يصح لهما التوكيل بهما؛ لأن التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، ممن يملكه. ويجوز لهما أيضًا الإجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة؛ لأن ذلك كله من أعمال التجارة، فيجوز لهما أن يؤجرا البيت مدة معلومة بمبلغ معلوم، وأن يستأجرا حانوتًا مدة معلومة بمبلغ معين، وأن يعطيا أرضًا لشخص على أن يكون له جزء من الغلة التي تخرج من الزرع، وأن يعطياها مساقاة على أن يكون للمساقي جزء معلوم من الثمر الذي يوجد على الشجر؛ لأن المقصود الحصول على الفائدة شأن كل تاجر.

وكذا يملك الصبي والرقيق الرهن والارتهان، فلكل منهما أن يرهنا شيئًا من المال في نظير دين عليه، وأن يأخذ شيئًا ماليًّا من مدينه ليكون رهنًا عنده حتى يستوفي دينه؛ لأن في الرهن والارتهان قوة الثقة في المعاملة، والتاجر في حاجة إلى ذلك، ويصح لكلٍ منهما أن يقر بدين في ذمته أو عين عنده سواء كان وجودها عنده بطريق الغصب أو الأمانة بأن كانت وديعة أو عارية عنده؛ لأن الإقرار من توابع التجارة بما أنه يبيع ويشتري بثمن مؤجل فيلزمه الثمن وتسليم المبيع، فيحتاج إلى =

أو ضروراتها يملكه المأذون وما لا فلا؛ لأن كل ذلك داخل في الإذن بالتجارة فيملك الشراء

= أن يقر بذلك؛ إذ لو لم يقر بها وجب عليه لامتنع الناس من البيع له بثمن مؤجل خوف ضياع أموالهم بسبب التعامل معه، وذلك ربما يؤدي إلى انقطاع تجارته، فيكون الإقرار من ضروريات التجارة التي هو يملكها، ومن ملك شيئًا ملك ما هو من ضرورياته.

بقي ما إذا أقر بشيء ليس له تعلق بالتجارة، كما لو أقر بشيء مما ورثه لزيد مثلًا، فمقتضى ما تقدم أنه لا يصح لعدم تعلقه بالتجارة، وهذا ما رواه الحسن عن أبي حنيفة، لأنه لا داعي إلى القول بقبول إقراره، بما أنه ليس من باب التجارة.

وفي ظاهر الرواية يقبل إقراره ويصح؛ لأن فك الحَجْر عنه بالإذن له في التجارة كفك الحجر عنه بالبلوغ بالنسبة للأموال. ورواية الحسن هي الظاهرة، ولكن يرد على صحة الإقرار أن الولي لا يملكه، فكيف يملك الصبي ذلك مع أن صحة تصرفه مستفادة منه؟ وأجابوه عن ذلك بأنه لما انفك عنه الحجر بالإذن صار كما لو زال الحجر بالبلوغ، فيقبل إقراره على نفسه، بخلاف إقرار وليه عليه؛ لأنه إقرار على الغير فلا يقبل لما تقرر من أن الإقرار حجة قاصرة على المقر.

وبما أنه يجوز للصبي والرقيق المأذون لهما في التجارة التنازل عن جزء من الثمن قدر ما يتسامح فيه التجار؛ لأن ذلك من صنع التجار. وعلى العموم، فيسوغ له أن يفعل ما هو أنظر للتجارة، كما هو الشأن في كل تاجر خبير بأحوال التجارة، بخلاف ما إذا كان التنازل من غير عيب، فإنه لا يكون صحيحًا، لأنه تبرع محض وهو لا يملكه.

وإذا باع الصبي أو الرقيق أو اشتريا شيئًا أو أجرا أو استأجرا شيئًا بمحاباة، أي بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع، وبأزيد بالنسبة للشراء، وبأنقص من الأجرة في الإيجار، وبأزيد منها في الاستئجار، جاز لهما ذلك اتفاقًا إذا كان الغبن يسيرًا. فإن كان فاحشًا جاز عند الإمام دون الصاحبين، وقد تقدم دليل كل منهما.

وإذا كان لهما دين مستحق الدفع في الحال جاز لهما تأجيله إلى زمن معلوم، كما أنه يجوز لهما الصلح في الدين بأخذ بعضه، وإسقاط الباقي ولكن محل ذلك إذا لم يكن الدين ثابتًا بالبينة أو حكم القاضي، ونحو ذلك.

فإن كان الدين ثابتًا، فلا يجوز إسقاط شيء منه؛ لأنه تبرع، وهو لا يجوز. وكل شيء ليس من صنع التجار لا يجوز فعله. وينبني على ذلك أنه لا يجوز لهما أن يقرضا من مالهما شيئًا لآخر، ليأخذا مثله عند القدرة عليه، لما في ذلك من معنى التبرع أيضًا؛ فإنه قد يعجز المدين عن الأداء، فيضيع مالهما بدون فائدة، كما أنه لا يجوز لهما إعطاء شيء من أموالهما بطريق الهبة بلا عوض؛ لأن ذلك تبرع محض. فإن كانت الهبة بعوض فلا يجوز أيضًا لأنها تبرع ابتداءً، والظاهر الجواز، خصوصًا على رأي مَنْ يقول بأن الهبَة بعوض بيعٌ ابتداءً وانتهاءً.

ولا يجوز للمأذون أن يكفل غيره؛ لأنه لا فائدة له في الكفالة، وفي الغالب تعود عليه بالضرر؛ لأن الدائن يجوز له المطالبة والجبر على أداء الدين الذي كفله، وقد يعجز المدين عن أدائه. وقس على ذلك غيره من كل شيء غير متعلق بالتجارة كالتزوج.

والذي له حق الإذن في التجارة للرقيق هو سيده لملكه إياه. وأما الصبي فالذي يملك الإذن له فيها، هو أبوه، ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه؛ لأنهم يملكون التصرف في ماله بالتجارة ونحوها، كالبيع، فيملكون الإذن والتصرف. وإذن أحد هؤلاء لا يمنعه من التصرف في مال الصبي؛ لأن ولايته لا تنقطع به، وإذا امتنع الولي تعنتًا فلمن بعده أن يأذن؛ لأن الإذن حال صلاحية الصبي للتجارة حق له، ليهتدي إلى التجارة ويتدرب عليها، فعدم الإذن منع لحقه، فينتقل إلى مَنْ بعده. ونظير هذا الولي في التزويج، فإنه إذا امتنع عنه بدون موجب ينتقل حق التزويج إلى القاضي.

والإذن إن كان صادرًا من غير القاضي يبطل بموت الآذن، فيصير الصبي محجورًا عليه بمجرد الموت؛ لأنه يتصرف برأيه وولايته، وقد زالت الولاية بالموت، فيزول الإذن وإن كان صادرًا من القاضي، فلا يبطل بموته ولا بعزله؛ لأن الإذن بمنزلة الحكم والأحكام لا تبطل بموت القاضي ولا بعزله. ولكن لو كان الآذن حيًّا، ومنع الصبي من التصرف صار محجورًا عليه، إن كانت ولايته موجودة حال المنع، بأن كان أهلًا للتصرف في أمواله. وليس لغير الأب ووصيِّه والجدِّ ووصيِّه والقاضي ووصيه أن يأذن للصبي؛ لأن غير هؤلاء لا يملك التصرف في أمواله فلا يملكون الإذن له. وحينئذ =

والبيع بالنقد والنسيئة والعروض؛ لأن كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار، وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالإجماع؛ لأنه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الأب والوصي، وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة، وعندهما لا يملك.

وجه قولهما أن البيع بغبن فاحش في معنى التبرع. ألا يرى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما في سائر التبرعات، والمأذون لا يملك التبرع.

وجه قول أبي حنيفة أن هذا بيع وشراء على الإطلاق؛ لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقًا، فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الإذن بالتجارة، ثم فرَّق أبو حنيفة بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء في المأذون، وفرق بينهما في الوكيل حيث قال: إن المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش، والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالإجماع.

ووجه الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش في باب الوكالة لمكان التهمة، لجواز أنه اشترى لنفسه، فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يجز للتهمة، حتى إن الوكيل لو كان وكِّل بشراء شيء بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه، ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء.

ولو باع من وصيه أو اشترى منه فإن لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيهما نفع ظاهر، فإن كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله فكذلك عند محمد، وعندهما يجوز، وللمأذون أن يُسْلِم فيما يجوز فيه السَّلَم، ويقبل السلم فيه؛ لأن السلم مِنْ قِبَلِ المُسْلِم إليه بيع الدين بالعين ومن قِبَلِ ربِّ السَّلَم شراء الدين بالعين، وكل ذلك تجارة، وله أن يوكل غيره بالبيع والشراء؛ لأن ذلك من عادات التجار، أو التاجر لا يمكنه أن يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة، وكذا له أن يتوكل عن غيره بالبيع بالإجماع وتكون العهدة عليه، ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر إن وكله أن يشتري أشياء بالنقد جاز استحسانًا دفع إليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه، والقياس أن لا تجوز هذه الوكالة.

ووجهه أنها لو جازت للزمته العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن، ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته.

وجه الاستحسان أن التوكيل بالشراء بالنقد في معنى التوكيل بالبيع. ألا ترى أنه لا يجب

= لا يملك الأخ والعم الإذن له؛ لأن ولايتها على نفسه لا على ماله، والبالغ المعتوه المأذون له في التجارة حكمه حكم الصبي المميز المأذون له في جميع الأحكام المتقدمة.

عليه تسليم المبيع، فكان هذا في معنى البيع لا في معنى الكفالة. وله أن يستأجر إنسانًا يعمل معه أو مكانًا يحفظ فيه أمواله أو دوابَّ يحمل عليها أمتعته؛ لأن استئجار هذه الأشياء من توابع التجارة، وكذا له أن يؤاجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا؛ ولأن الإجارة من التجارة حتى كان الإذن بالإجارة إذنًا بالتجارة، وله أن يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة؛ لأن ذلك كله من عادات التجار ويحتاج إليه التاجر أيضًا، وله أن يدفع المال مضاربة ويأخذ من غير مضاربة لما قلنا، ولأن الأخذ والدفع من باب الإجارة والاستئجار، والمأذون يملك ذلك كله، وله أن يشارك غيره شركةَ عنان؛ لأنها من صنيع التجار ويحتاج إليه التاجر، وليس له أن يشارك شركة مفاوضة؛ لأن المفاوضة تتضمن الكفالة له، ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة، فإذا فاوض تنقلب شركة عنان؛ لأن هذا حكم فساد المفاوضة.

ويجوز أن يتوكل المأذون عن غيره بالشراء نقدًا، ولا يجوز أن يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الإقرار بالدين؛ لأن هذا من ضرورات التجارة؛ إذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفًا من تَوَاء أموالهم بالإنكار عند تعذر إقامة البينة، فكان إقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح. ويملك الإقرار بالعين؛ لأن العادة قد جرت بشراء كثير من الأشياء بظروفها فلو علم الناس أنه لا يصح إقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الأعيان إليه فلا يلتئم أمر التجارة. ولا يملك الإقرار بالجناية؛ لأن الإقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الإذن بالتجارة فلا يصح منه.

والمأذون لا يملك الإبراء عن الدين بالإجماع؛ لأنه ليس من التجارة، بل هو تبرع فلا يملكه المأذون. وهل يملك الحط؟ إن كان الحط من غير عيب لا يملكه أيضًا لما قلنا، وإن كان الحط من عيب بأن باع شيئًا ثم حط من ثمنه ينظر؛ إن حط بالمعروف بأن حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز؛ لأن مثل هذا الحط من توابع التجارة، وإن لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشًا جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز، وقد ذكرنا أصل المسألة فيما قبل، وهل يملك الصلح بأن وجب له على إنسان دينٌ فصالحه على بعض حقه؟

فإن كان له عليه بينة لا يملكه؛ لأنه حط بعض الدين، والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون. وإن لم يكن له عليه بينة جاز؛ لأنه إذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له إلا الخصومة والحلف، والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح، وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار، فكان داخلًا تحت الإذن بالتجارة.

❁ (مادة ٢٧٣): المحجور عليه حجرًا قضائيًّا بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة ونحوهما فلا تنفذ عقوده فيها إلا إذا أجازها القاضي، فإن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت.

وإنما تصح تصرفاته التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والإعتاق والاستيلاد والتدبير وهو في وجوب زكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه أو جده وفي صحة إقراره بالعقوبات وفي الإنفاق على مَنْ تلزمه نفقتهم وفي وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث كبالغ[1].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: تقدم حكم تصرفات الصبي ومن ألحق به، كالمجنون والمعتوه وبقي حكم تصرفات الكبير السفيه.

فالسفه: هو تضييع المال وتبذيره على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير.

والسفيه: هو من يتصرف في أمواله على خلاف موجب الشرع والعقل، بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه العقل، فهو في تصرفاته حائد عن الطريق السوي، يصرف ماله في الملاهي ويغبن في معاملاته، ولذلك اضطربت آراء الفقهاء في حكم تصرفه.

فقال أبو يوسف ومحمد وباقي الأئمة بالحجر عليه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾ [النساء: ٥]. فالآية الشريفة واضحة في أن السفهاء لا يُمكّنون من أموالهم، بل الذي له القيام عليها، والتصرف فيها هو الولي. وهذا هو معنى الحجر. وعزز ذلك بقوله جل وعلا: ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فهذه الآية تفيد إثبات الولاية على السفيه وأن له وليًّا، وذلك لا يكون إلا بعد الحجر. ولأن في الحجر عليه حفظَ أمواله كي لا يكون عالة على غيره بعد أن كان ذا مال؛ ولأن الحجر ثبت على الصبي لتوهم تبذيره لأمواله، والسفيه محقق عنده ذلك، فهو أولى بالحجر.

وقال أبو حنيفة: لا يحجر عليه؛ لأنه مكلف، كالرشيد بخلاف الصبي والمعتوه، فإن عقلهما ناقص، ولهذا لم يكلفا، فلا يصح قياس السفيه عليهما، ولأن في الحجر عليه إلحاقًا له بالبهائم وإهدارًا لآدميته وهذا أشد ضررًا من ضياع ماله. والقاعدة: أنه إذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [النساء: ٥] ليس نصًّا فيما قاله الصاحبان؛ لأن المراد أموالنا لا أموال اليتامى بدليل إضافتها إلينا لا إليهم، فيكون المراد من السفهاء الصبيان؛ لأن المال إذا سلم إليهم ضيعوه، فيكون المراد من الآية أن نطعمهم ونكسوهم ولا نسلمها إليهم، وكذا يقال في الآية: ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فإنه يحتمل أن يكون المراد منها الصبيان والمجانين؛ لأن السفيه معناه لغةً الخفيف، وذلك يكون بنقصان العقل، كالصبي المميز، والمعتوه أو لعدمه كالمجنون والصبي الذي لا يعقل. ومتى وجد الاحتمال في الدليل لا يصح به الاستدلال، مع أنه يمكن أن يقال: إن هذه الآية تدل على أن السفيه له تصرف لأن الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ثم قال بعد ذلك: ﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾. أي الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال: ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. إذ من المعلوم أنه ليس كل إنسان يحسن الإملاء كما هو مشاهد.

ورجح العلماء رأي الصاحبين لقوة دليلهما، ومع أن الصاحبين قد اتفقا على ثبوت الحجر على السفيه فقد اختلفا في وقت ثبوت الحجر عليه.

فقال أبو يوسف: لا يثبت الحجر إلا بحكم القاضي، ولا يزول عنه حتى يطلق.

=وقال محمد: يحجر عليه من وقت السفه، ويزول عنه الحجر بزوال السفه، ولكلٍّ منهما دليل على رأيه.
فاستدل أبو يوسف على رأيه بأن السفه ليس بشيء محسوس، وإنما يعلم بالنظر في تصرفاته، وذلك محتمل لأنه يجوز أن يكون للسفه وأن يكون حيلة لاستجلاب قلوب الناس، فيقبلون على معاملته وحيث كان محتملًا لهذين الأمرين، فلا يثبت الحجر عليه إلا بحكم القاضي؛ ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه، فلا يثبت إلا بحكم القاضي، كالحجر بسبب الدين.
واستدل محمد على رأيه بأن العلة في الحجر هي السفه، فمتى تحقق ثبت عليه موجبه، بغير قضاء، كالصبي والمجنون والجامع بينهما أن الحجر لمعنى في نفسه، بخلاف الحجر بسبب الدين لأنه لحق الغرماء، وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه من التصرف. ولكن القاضي له الولاية عليه. فيتوقف على قضائه عليه بطلبهم.
وينبني على هذا الخلاف أن التصرفات التي حصلت من قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبي يوسف، وموقوفة عند محمد؛ لاحتمال أن يكون فيها مصلحة، فإذا رأى القاضي فيها نفعًا له أجازها وإلا ردها.
أما التصرف الذي باشره بعد إصلاحه وزوال سفهه وقبل فك القاضي الحجر عنه فنافذ عند محمد لزوال المانع، وهو السفه، وموقوف عند أبي يوسف، لأن الرشد غير محسوس، فيتوقف على قضاء القاضي، والظاهر أن رأي محمد أرفق به وأوفق؛ لأن الحجر عليه، لفائدة تعود عليه وهي حفظ أمواله من التبديد حتى لا يصير عالة على غيره، فإذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه ربما انعدمت تلك الفائدة؛ لأنه يجوز أن يتصرف في جميع أمواله بيعًا بثمن بخس، وهبة بدون مقابل ويتمادى في ذلك ونحوه.
فإذا رفع الأمر إلى القاضي وأراد الحجر عليه بعد التحريات التي تستغرق زمنًا طويلًا وجده قد أفنى جميع أمواله أو أكثرها، وهذا ينافي الفائدة المقصودة من الحجر، وهي المحافظة على أمواله، ولكن لو جرى القاضي على رأي محمد ورآه قد تصرف في أمواله يبطل تلك التصرفات ويرد عليه أملاكه بدون شيء، أو يرد ما أخذ من الأثمان القليلة التي يكفي لها بيع قليل من أملاكه.
والسفيه المحجور عليه على القول المفتى به حكمُهُ حكمُ الصبي المميز في بعض الأشياء، ويخالفه في البعض الآخر. فيوافقه بالنسبة للتصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، مثل البيع والشراء والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان ونحو ذلك، كالمزارعة والمساقاة. فإذا باشر عقدًا من هذه العقود توقف نفاذها على إجازة القاضي لها، فإن أجازها إجازة معتبرة لما علم فيها من فائدة الصبي نفذت، وإن ردها بطلت بخلاف العقود النافعة له نفعًا محضًا، فإنها تنفذ، ولو لم يجزها القاضي.
ويخالفه في أشياء منها التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل، فيجوز له التزويج، وإن لم يسم مهرًا أو كانت التسمية فاسدة لزمه مهر المثل. وإن سمي مهرًا، فإن كان أقل أو مساويًا لمهر المثل فبها، وإن زاد عنه لزمه مقدار مهر المثل، وبطل الزائد؛ لأن التزويج من حوائجه الأصلية، ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر، فيلزمه منه مقدار مهر المثل، وما زاد عليه لا يلزمه إلا إذا التزمه بالتسمية، وليس هو من أهل الالتزام، وإن طَلَّق يقع طلاقه؛ لأن الفرض أن السفيه كاملُ العقل، والطلاقُ لا يؤثر فيه الهزل، فلا يؤثر فيه السفه. وكذا الحكم في العتق والتدبير، وهو قوله لمن يريد تدبيره: أنت حر بعد موتي. والاستيلاد بأن ولدت منه أمته.
ومنها وجوب الإنفاق من ماله على نفسه وزوجته وأولاده ومن تجب عليه نفقتهم من أقاربه؛ لأن إحياء نفسه وزوجته وأولاده والإنفاق على ذي الرحم المحرم حق واجب عليه، والسفه لا يبطل الحقوق.
ومنها وجوب الزكاة عليه، وهي لغةً: الطهارة والزيادة. وشرعًا: تمليك جزء مالي لفقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه لله تعالى.
ومنها وجوب صدقة الفطر عليه التي مقدارها نصف صاع من القمح وهو يساوي سدس كيلة مصرية، وكذا سائر =

وأما السفيه فليس بمحجور عن التصرفات أصلًا عند أبي حنيفة، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد: وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وإذا بلغ رشيدًا يدفع إليه ماله.

فأما في التصرفات فلا يختلفان، حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيهًا ومنع عنه ماله نفذ تصرفه، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده.

وأما عندهما: فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه، وشراؤه، وإجارته، وهبته، وصدقته، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ.

وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء، فيجوز طلاقه ونكاحه وإعتاقه وتدبيره واستيلاده، وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه، والزكاة في ماله، وحجة الإسلام، وينفق على زوجاته، وأقاربه، ويؤدي الزكاة من ماله، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة، ولا من القرابين، وسوق البدنة، لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيهما، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة، وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية، وذكر الطحطاوي عن محمد - رحمهما اللّه -: أنه رجع عن ذلك، وقال: يعتق من غير سعاية. فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان، ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيرًا أجازه، وما كان فيه مضرة رده.

وهذه المادة تتفق على ما ورد في مادة (٩٥٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي تقول:

= العبادات واجبة عليه؛ كالحج والصلاة؛ لأنه مكلف ومخاطب بها كالرشيد.

ومنها زوال ولاية أبيه وجدِّه، فلا يملك أحدٌ منهما بيعَ شيء من أمواله، ولا شراء شيء له، إلا بإذن الحاكم، بخلاف الصبي، فإن كلًّا من الأب ووصيه والجد ووصيه يملك ذلك بالنسبة له.

ومنها صحة إقراره بالعقوبات؛ فإذا أقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس أو فيما دونها عوقب بها يستحق بمقتضى إقراره.

ومنها صحة وصاياه في سبيل الخير من الثلث إن كان له وارث ولم يجزها، فإن لم يكن أو كان وأجازها نفذت من كل ماله. وصحةُ وصاياه مبنيةٌ على الاستحسان لا على القياس؛ لأن مقتضى القياس عدم جوازها؛ لأن الوصية تبرع، وإن كان التمليك فيها لا يكون إلا بعد الوفاة، فكما لا تجوز تبرعاته حال حياته لا تجوز بعد وفاته. ووجه الاستحسان أن الحجر ثبت عليه لحفظ ماله كي لا يكون عالة على غيره، وذلك إنما يكون إذا تبرع بماله حال حياته لا فيما تبرع به من الثلث، أو الكل بعد وفاته، أي حال استغنائه عن ماله، فجازت استحسانًا نظرًا لما يناله من الثواب العظيم والثناء الجميل، فهو في هذه الأشياء كلها كالبالغ الرشيد.

« للحاكم أن يحجر على السفيه »[1].

وتتفق هذه الأحكام أيضًا مع ما جاء في المادة (٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها:

« تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، وترفع الحجر منهم وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون ». وتقابل المادة (٩٤) من التقنين العراقي التي جاء فيه أن « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم ». وتقابل المادة (١٢٧) من التقنين الأردني، ونصها:

١ - « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم.

٢ - أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون.

٣ - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة ».

***

(مادة ٢٧٤): يشترط لصحة عقود التبرعات؛ كالهبة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع عاقلًا بالغًا مطلق التصرف في ماله، ولا يشترط العقل والبلوغ في المتبرع[2] له بهبة أو صدقة أو وصية[3].

يشترط أن يكون الواهب ممن يملك التبرع؛ لأن الهبة تبرع فلا يملكها مَنْ لا يملك التبرع؛ فلا تجوز هبة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع؛ لكونه ضررًا محضًا، لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن التبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن، وقد قال اللّه عز شأنه ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام: ١٥٢]؛ ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررًا محضًا وترك المرحمة في حق الصغير، فلا يدخل

(١) مجلة الأحكام العدلية (مادة ٩٥٨) وشرحها.

(٢) « في المتبرع » ساقطة من طبعة دار الفرجاني، والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: يشترط لصحة عقود التبرعات، مثل الهبة والصدقة والوصية أن يكون المتبرع حرًّا عاقلًا بالغًا مطلق التصرف في أمواله غير محجور عليه لسفه ولا دين؛ لأن هذه العقود مضرة ضررًا محضًا بالنسبة له . وعقود المحجور عليه المضرة به لا تجوز، بخلاف عقود المتبرع له بها، فإنها لا تتوقف على بلوغه ورشده؛ لأنها نافعة له نفعًا محضًا فتنفذ بمجرد وجود عقله وتمييزه، بدون توقف على إجازة مَنْ له الولاية على ماله.
وكذلك كل عقد يكون من شأنه الضرر بالنسبة للتعاقد فإنه يلزم لصحته بلوغ العاقد ورشده.

تحت ولاية الولي لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »[1]، وقوله ﷺ: « من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا »[2]؛ ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة. وإنْ شَرَطَ الأبُ العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز، وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض، وعنده يجوز بشرط العوض. والأصل عندهما: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض، والأصل عنده: أن كل مَنْ يملك البيع يملك الهبة بعوض.

وجه قول محمد: أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكًا بعوض، وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك.

ولهما: أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعًا ابتداء ثم تصير بيعًا في الانتهاء، بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض. ولو وقعت بيعًا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه، فدل أنها وقعت تبرعًا ابتداء، وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعًا بعد ذلك.

***

● (مادة ٢٧٥): يشترط لصحة عقود الضمانات ووجوب حفظ الودائع والأمانات والالتزام بأداء الدين المحال به في المداينات أن يكون كلٌّ من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه عاقلًا بالغًا غير محجور عليه، ولا يشترط العقل والبلوغ في صاحب الدين المضمون أو المحال به ولا في صاحب الوديعة إلا إذا باشر كلٌّ منهما العقد بنفسه، وهو غير عاقل أو عاقل غير مأذون فإنه لا ينعقد في الأول، ولا ينفذ في الثاني، إلا إذا أجازه الولي أو الوصي[3].

يشترط في الوديعة لصحتها عقل المودع، فلا يصح الإيداع من المجنون، والصبي، الذي

---

(١) سنن ابن ماجه: ٢/ ٧٨٤ برقم (٢٣٤١). (٢) سنن أبي داود: ٤/ ٢٨٦ برقم (٤٩٤٣).

(٣) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ينبني على ذلك أن عقود الضمانات كالكفالة والتي يترتب عليها حفظ الأمانات، كالوديعة والالتزام بالدين وانتقاله إلى ذمته، كالحوالة يشترط لصحتها أن يكون كلٌّ من الكفيل والمودَع (بالفتح) والملتزم بأداء الدين – الذي يقال له: محتال عليه – حرًّا عاقلًا بالغًا رشيدًا غير محجور عليه؛ لأن هذه العقود مضرة؛ إذ إن الدائن له حق مطالبة الكفيل حتى يؤديه له، وربما يعجز المكفول وهو المدين الأصلي عن أدائه، فيضيع عليه ماله بدون فائدة تعود عليه.

وكذلك الحكم في المحتال عليه الملتزم بأداء الدين. وأما المودَع، فإنه يشتغل بحفظ الوديعة بدون مقابل، وربما قصّر =

لا يعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية.

وأما بلوغه: فليس بشرط عندنا، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر؛ فكان من توابع التجارة، فيملكه الصبي المأذون، كما يملك التجارة. وعند الشافعي - رحمه الله - لا يملك التجارة، فلا يملك توابعها، ومنها عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون، والصبي الذي لا يعقل؛ لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ.

وأما بلوغه: فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون؛ لأنه من أهل الحفظ؛ ألا ترى أنه أذن له الولي، ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذن له سفهًا.

وأما الصبي المحجور عليه: فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه لا يحفظ المال عادة. ألا ترى أنه مُنِعَ منه ماله؟ ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبدًا أو أمة يضمن بالإجماع، وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن الولي فكذلك، وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يضمن.

وجه قوله: أن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان. وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن، فصار الحال بعد العقد كالحال قبله. ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبدًا أو أمة.

وجه قولهما: أن إيداع الصبي المحجور إهلاكٌ للمال معنى، فكان فعل الصبي إهلاك مال قائم صورةً لا معنىً، فلا يكون مضمونًا عليه. ودلالة ما قلنا: أنه لما وضع المال في يده، فقد وضع في يد مَنْ لا يحفظه عادة، ولا يلزمه الحفظ شرعًا. ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعًا؛ لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه، والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله، ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه، قال الله تبارك وتعالى:

= في حفظها، فتهلك، وحينئذٍ يلزمه عوضها، وفي ذلك ضرر عليه.

ولا يشترط العقل ولا البلوغ والرشد بالنسبة للمكفول له ولا المودع (بالكسر) ولا الملتزم له بأداء الدين، وهو المحتال إذا لم يباشر كل منهم العقد، بل الذي باشره هو من له الولاية على أموالهم؛ لأن هذه العقود تحتمل النفع والضرر وكل عقد شأنه ذلك يجوز للولي مباشرته. ولكن لو باشر المدين عقد الكفالة أو المودع (بالكسر) عقد الوديعة أو المحتال عقد الحوالة فلا بد من وجود التمييز والعقل عندهم حتى تنفذ عقودهم؛ لأن القصد في العقود ضروري لانعقادها، والقصد لا بد فيه من العقل، ولا يشترط مع التمييز البلوغ إذا كان العاقد مأذونًا له في العقد، فإن كان غير مأذون له فيه فيشترط أيضًا البلوغ والرشد حتى يكون عقده نافذًا، كما تقدم.

فإن باشر العقد غير عاقل بطل، وإن باشره وهو مميز غير مأذون له توقف نفاذه على إجازة مَنْ له الولاية كالولي والوصي على ماله.

﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٦] وبهذا فارق المأذون؛ لأنه يحفظ المال عادة، ألا ترى أنه دُفع إليه ماله. ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه تضييعًا وسفهًا، وإنما يجب عليه ضمان الدم؛ لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمي، لا ضمان المال، والعبد من حيث إنه آدمي قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده، فهو الفرق.

وأما شرائط الكفالة فأنواع، بعضها يرجع إلى الكفيل وبعضها يرجع إلى الأصيل وبعضها يرجع إلى المكفول له وبعضها يرجع إلى المكفول به، ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ.

أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع:

منها: العقل، ومنها: البلوغ، وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع، إلا أن الأب أو الوصي لو استدان دينًا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز. ولو أمره أن يَكْفُلَ عنه النفسَ لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدًا، فلم يكن متبرعًا. فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن واجبًا عليه فكان متبرعًا فيه، فلم يجز.

***

● (مادة ٢٧٦): يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها العقد مالكًا لها أو وكيلًا عن مالكها إن كان عاقلًا بالغًا أو وليًّا أو وصيًّا عليه إن كان صغيرًا أو كبيرًا مجنونًا أو معتوهًا، وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها[1].

تتناول هذه المادة اشتراط الملك أو الولاية في كل العقد؛ فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: علمتَ من شرح المادتين السابقتين ما يلزم في عقد التبرعات، كالهبة وفي عقود الضمانات، كالكفالة. أما إذا كان العقد واردًا على الأعيان المالية مثل البيع أو على منافعها، كالإجارة، فيشترط لنفاذه أمران:

الأول: أن يكون العاقد له حق التصرف في العين التي ورد عليها العقد، بأن يكون مالكًا لها، أو نائبًا عنه؛ كأن يكون وكيلًا له إذا كان المالك عاقلًا بالغًا أو وليًّا أو وصيًّا إذا كان صغيرًا أو ملحقًا به كالكبير المجنون أو المعتوه. فإن كان العاقد ليس له حق التصرف بأن كان فضوليًّا، فالعقد موقوف على إجازة المالك أو نائبه.

الثاني: أن لا يتعلق بالعين الوارد عليها العقد حقٌّ للغير بأن لا تكون مرهونة ولا مستأجرة. فإن كانت مرهونة أو مستأجرة توقف نفاذ العقد على إجازة المرتهن أو المستأجر، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه فلا ينفذ. =

الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك عندنا خلافًا للشافعي كالبيع، وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك العقد، أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك؛ لأن المعقود عليه ما فات. ألا ترى أنه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فإذا كان محلًّا لإنشاء العقد عليه كان محلًّا للإجازة؛ إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت، ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة.

وقد قالوا فيمن غصب عبدًا فأجَّره سنة للخدمة، وفي رجل آخر غصب غلامًا أو دارًا فأقام البينة رجل أنه له، فقال المالك: قد أجزتُ ما أجرتَ: إنَّ مدة الإجارة إنْ كانت قد انقضت فللغاصب الأجر؛ لما ذكرنا أن المعقود عليه قد انعدم، والإجازة لا تلحق المعدوم. وإن كان في بعض المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف، وقال محمد: أجر ما مضى للغاصب، وأجر ما بقي للمالك، فأبو يوسف نظر إلى المدة فقال: إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلًّا للإجازة، ومحمد نظر إلى المعقود عليه فقال: كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله، كأنه عقد عليه عقدًا مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحوق الإجازة للعقد فلا تلحقه الإجازة، وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف.

وقد قال محمد فيمن غصب أرضًا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الأرض الإجارة: إن أجرة ما مضى للغاصب، وأجرة ما بقي للمالك، وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال: فإن أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن، ولا شيء للغاصب من الزرع؛ لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد بعضها من بعض، فكان إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد. وأما إذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الإجازة.

وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه فإنه إذا أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له؛ لأن العقد وجد نفاذًا على العاقد فينفذ عليه. وإن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر؛ إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب والقبول جميعًا يتوقف على إجازته، وإن وقعت

= وحينئذ لا يخلو حال المشتري من أحد أمرين: إما أن يكون عالمًا بالرهن أو الإجارة أو لا.
فإن كان عالمًا فلا حق له في فسخ العقد.
وإن لم يكن عالمًا فهو مخير بين أن يفسخ العقد، وأن يصبر إلى فك العين الوارد عليها عقد الرهن، ومضي مدة الإجارة في صورة الإجارة. وقال بعضهم: له هذا الحق مطلقًا علم أو لم يعلم. والأول هو الظاهر.

الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد؛ لما ذكرنا في البيوع، بخلاف الوكيل بالاستئجار أنه يقع استئجاره للموكل وإن أضاف العقد إلى نفسه. وعلى هذا تُخَرَّج إجارة الوكيل أنها نافذة لوجود الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه. وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه؛ لأن للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما، كذا للوكيل. ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبي حنيفة، وعندهما تجوز بأجر مثله كما في بيع العين. وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار، وبأقل عند أبي حنيفة. وعندهما: ليس له أن يؤاجر بالأقل، وهو على الاختلاف في البيع. ولو آجر إجارة فاسدة نفذت؛ ولأن مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر مخالفًا. وعلى المستأجر أجر المثل إذا انتفع؛ لأنه استوفى المنافع بالعقد الفاسد. ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها إياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن؛ لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن إلا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا، وكذلك الإجارة من الأب والوصي والقاضي وأمينه نافذة لوجود الإنابة من الشرع.

فللأب أن يؤاجر ابنه الصغير في عمل من الأعمال؛ لأن ولايته على الصغير كولايته على نفسه؛ لأن شفقته عليه كشفقته على نفسه، وله أن يؤاجر نفسه فكذا ابنه؛ ولأن فيها نظرًا للصغير من وجهين: أحدهما: أن المنافع في الأصل ليست بمال خصوصًا منافع الحر، وبالإجارة تصير مالًا، وجعل ما ليس بمال مالًا من باب النظر. والثاني: أن إيجاره في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة، وفيه نظر للصبي فيملكه الأب. وكذا وصي الأب لأنه مرضي الأب، والجد أبو الأب لقيامه مقام الأب عند عدمه، ووصيه لأنه مرضيه، والقاضي لأنه نصب ناظرًا، وأمينه لأنه مَرْضِيُّه، ولا تجوز إجارة غير الأب، ووصيه، والجد، ووصيه من سائر ذوي الرحم المَحْرَم إذا كان له أحد ممن ذكرنا؛ لأن مَنْ سواهم لا ولاية له على الصغير. ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه أولى، إلا إذا كان في حِجْرِه فتجوز إجارته إياه في قولهم؛ لأنه إذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية لأنه يربيه ويؤدبه، واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث إنه تأديب، فإن كان في حِجْر ذي رحم مَحْرَمٍ منه فأَجَرَهُ ذو رحم محرم آخر هو أقرب إليه من الذي هو في حجره بأن كان الصبي في حجر عمه، وله أم فأجرته قال أبو يوسف: تجوز إجارتها إياه، وقال محمد: لا تجوز.

وجه قول محمد: أن هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلًا ومقصودًا، وإنما يملكون

الإجارة ضمنًا لولاية التربية، وأنها تثبت لمن كان في حجره، فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الأجانب. ولأبي يوسف: أن ذا الرحم إنما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم؛ فمن كان أقرب إليه في الرحم كان أولى كالأب مع الجد، وللذي في حجره أن يقبض الأجرة؛ لأن قبض الأجرة من حقوق العقد، وهو العاقد فكان ولاية القبض له. وليس له أن ينفقها عليه؛ لأن الأجرة ماله والإنفاق عليه تصرف في ماله، وليس له ولاية التصرف في المال، وكذا إذا وهب له هبة فله أن يقبضها وليس له أن ينفقها؛ لأن قبض الهبة منفعة محض للصغير، ألا ترى أن الصغير يملك قبضها بنفسه؟ وأما الإنفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله، ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الإجارة فله الخيار؛ إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ؛ لأن في استيفاء العقد إضرارًا به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأَنَفَةُ من خدمة الناس. وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: أرأيت لو تفقه فولي القضاء أكنتُ أتركُهُ يخدم الناس وقد أجره أبوه؟ هذا قبيح؛ ولأن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداءً فكان له خيار الفسخ والإجارة كما إذا عقد ابتداء بعد البلوغ. وليس للأب ومن يملك إجارة مال الصبي ونفسه وماله أن يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة، ولو فعل لا ينفذ؛ لأنه ضرر في حقه. وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر.

وأما استئجار الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها؛ لأنه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له، وفي استئجاره إياه لنفسه نظر له، لما فيه من جعل ما ليس بمال مالًا. ويجوز للأب أن يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه؛ لأن بيع مال الأب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر، بدليل أنه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز، فكذا الإجارة.

ومنها وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكًا للبائع عند البيع فإن لم يكن لا ينعقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه، إلا السلم خاصة، وهذا بيع ما ليس عنده لحديث: « نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم ». ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه؛ لأن سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه، وههنا تأَخَّرَ سبب الملك فيكون بائعًا ما ليس عنده فدخل تحت النهي، والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكًا؛ لأن قصة الحديث تدل عليه؛ فإنه روي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم، ثم يدخل السوق فيشتري، ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول اللَّه ﷺ فقال: « لا تبع

ما ليس عندك »[١]؛ ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة، وأنه محال.

وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه. فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره يُنظر إن كان البائع وكيلًا وكفيلًا فيكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضوليًّا فليس بشرط للانعقاد عندنا، بل هو من شرائط النفاذ فإن بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، وإن رد بطل، وعند الشافعي: هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه، وبيع الفضولي باطل عنده.

* * *

(مادة ٢٧٧): يشترط للزوم عقود المعاوضات الواردة على الأعيان أو على منافعها أن تكون عارية عن الخيارات[٢].

شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته هو أن يكون خاليًا عن خيارات أربعة، وهي: خيار التعيين، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات، وهذا عند الأحناف، وقال الشافعي: افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضًا، والخلاف في خيار المجلس الذي لا يثبت عند الأحناف ويثبت عنده ﷺ « **البيعان بالخيار ما لم يفترقا** »[٣] وهذا نص في الباب؛ ولأن الإنسان قد يبيع شيئًا ويشتري ثم يبدو له فيندم فيحتاج إلى التدارك بالفسخ، فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين.

ولنا ظاهر قوله ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، أباح اللَّه ﷻ الأكل بالتجارة عن تراضٍ مطلقًا عن قيد التفرق عن مكان العقد؛ ولأن البيع من العاقدين صدر مطلقًا عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفًا في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز،

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٣ برقم (٣٥٠٣).

(٢) إذا كان العاقد له حق التصرف، فالعقد نافذ، ولكن لا يكون لازمًا إلا إذا خلا عن الخيار، فإن كان لكلٍّ من العاقدين خيار الشرط مثلًا، بأن شرط كل منهما أو أحدهما أن يكون له حق الفسخ مدة ثلاثة أيام، فالعقد غير لازم. ولمن له خيار الشرط أن يفسخ العقد بمقتضى خياره الذي شرطه. وكذا الحكم في كل نوع من أنواع الخيارات كخيار الرؤية والعيب. فإن اشترى إنسان عينًا ولم يرها، أو اشتراها ورآها، ولكن وجد بها عيبًا لم يعلم به، فله حق فسخ العقد، ما لم يوجد ما يسقط خياره، وسيأتي تفصيل ذلك في محله.

(٣) صحيح البخاري: ٢/ ٧٣٢ برقم (١٩٧٣).

ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإقالة بعد الافتراق.

وأما الحديث فإن ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفًا لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع، وهو أن البائع إذا قال لغيره: بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشتري: اشتريت، وللمشتري أن لا يقبل أيضًا، وإذا قال المشتري: اشتريت منك بكذا، كان له أن يرجع ما لم يقل البائع: بعت، وللبائع أن لا يقبل أيضًا. وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن إبراهيم النخعي، وإنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روي عن عبد اللّه بن عمر « **البيعان بالخيار ما لم يتفرقا** »[1] حملناه على هذا توفيقًا بين الدلائل بقدر الإمكان.

* * *

(مادة ٢٧٨): يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان، بنفسه أو يوكل به غيره.

فمن باشر عقدًا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام[2].

متى تم التعاقد مستوفيا للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاء به، كلٌ فيما تعهد، به ولا يمس اتفاق بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه. فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسببه حلال، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أي شيء فيه[3].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ظهر مما تقدم أن الناس ليسوا سواء في التصرف بل يختلف ذلك باختلاف صفاتهم واستعدادهم له.

فإن كان المتصرف غير عاقل أو عاقلًا غير بالغ غير رشيد أو رشيدًا غير مالك، فقد علمت حكمه.

وإن كان عاقلًا بالغًا رشيدًا مالكًا لما يريد التصرف فيه، فيجوز له أن يباشر جميع العقود بنفسه مطلقًا سواء كانت من قبيل التبرعات أو التعهدات والالتزامات أو من قبيل المعاوضات، كالبيع والشراء.

وكما يجوز له أن يباشر بنفسه يجوز له أن يوكل غيره في مباشرتها؛ لأن من ملك التصرف في شيء جاز له أن يقيم غيره مقامه فيه.

فإن باشر العقد بنفسه لنفسه، فهو الملزم، والمطالب بما يترتب على ذلك العقد من الحقوق والأحكام دون غيره؛ لأن من التزم بشيء يجب عليه القيام به.

(٣) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه حسين: ٢/ ٧٢٦.

(مادة ٢٧٩): من باشر بطريق الوكالة عن غيره عقد هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع أو رهن أو قرض؛ فإن كان وكيلًا من جهة مريد التمليك يصح العقد على الموكل مطلقًا سواء أضاف الوكيل العقد لموكله أو لنفسه.

وإن كان وكيلًا من جهة طالب التمليك فإن أضاف العقد إلى نفسه يقع العقد له لا للموكل[١]، وإن أضاف العقد للموكل يقع العقد للموكل.

وتتعلق به الحقوق[٢] في غير القرض، إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة[٣].

الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه؛ لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض، ولا صنع للوكيل

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن باشر العقد بطريق الوكالة عن غيره، فإما أن يكون العقد ليس من عقود المعاوضات، كالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والقرض، وإما أن يكون عقد معاوضة.

فإن كان الأول، فإما أن يكون وكيلًا عمن يريد التمليك والإعطاء، وإما أن يكون وكيلًا عمن يريد التملك والأخذ.

فإن كان وكيلًا عن مريد الإعطاء بأن قال شخص لآخر: وكلتك لتهب هذه العين لفلان، صح العقد للموكل مطلقًا سواء أضاف الوكيل العقد لنفسه أو لموكله؛ لأن الإضافة للموكل في الصورة الثانية موجودة معنى؛ إذ إن العين الوارد عليها العقد ملك للموكل لا الوكيل.

وإن كان وكيلًا من قبل طالب التملك، فإن أضاف العقد لنفسه بأن قال شخص لآخر: وهبت لك كذا. فقال: قبلتُ. وقع العقد له لا لموكله، وإن قال: وهبت لموكلك هذه العين. فقال: قبلت لنفسي. بطل العقد؛ لأن القبول لم يوافقه الإيجاب، وإن أضاف العقد لموكله يقع العقد للموكل وتتعلق به سائر حقوقه.

فلو ظهر أن العين الموهوبة مستحقة للغير، فللمستحق أن يطالب بها الموكل دون الوكيل، وكذا يكون المطالب بحفظ العارية والوديعة والرهن هو الموكل دون الوكيل، ولكن استثنى بعض العلماء من ذلك القرض، وقالوا: إنه إذا وكَّل إنسان غيره بأن يقترض له مبلغ كذا وباشر الوكيل القرض وقع العقد له مطلقًا سواء أضافه لنفسه أو لموكله. وعللوا ذلك بأن التوكيل بالاستقراض توكيل بالتكدي والشحاذة، ومثل ذلك يكون للوكيل لا للموكل؛ لأنه لا يصح فيه التوكيل. ووجه كونه توكيلًا بالتكدي أن القرض صلة وتبرع ابتداءً.

وأما الرسالة في القرض فهي جائزة، فإذا قال شخص لآخر: أرسلتك لتستقرض لي كذا من فلان، فذهب الرسول وقال للمرسل إليه: إن فلانًا أرسلني إليك لتقرضه كذا، فأعطاه وَقَعَ القرضُ للمرسل لا للرسول؛ لأنه سفير ومعبر. وكذلك لو وقعت عبارة التوكيل كعبارة الرسول يكون القرض للموكل، كما إذا بلغ على سبيل الرسالة.

وعن أبي يوسف: التوكيل بالاستقراض جائز. وقال الإمام الكاساني في البدائع: الاستقراض والقرض جائز. وفي الخانية: إن وكل بالاستقراض، فإن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل كان للموكل، وإلا فهو للوكيل وهذا هو الظاهر. وقولهم: إن التوكيل بالاستقراض توكيل بالتكدي غير واضح، لظهور الفرق بين الأمرين، على أنهم صرحوا بجواز التوكيل بالتملك بدون عوض، كما في الهبة، فكان الظاهر أن يقولوا بالجواز في القرض بالأولى، لوجود بدل القرض في ذمة المستقرض.

(٢) في طبعة دار الفرجاني «لحقوق» والمثبت من طبعة نظارة المعارف، وهو الصحيح.

(٣) انظر: قرة العيون، جزء أول نمرة: ٢٥٥، ٢٥٦.

في القبض، بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيرًا عنه بمنزلة الرسول. بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته؛ لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض، وهو العاقد حقيقة وشرعًا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه. وكذا في التوكيل بالاستعارة، والارتهان والاستيهاب، الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل. وكذا في التوكيل بالشركة، والمضاربة لما قلنا. وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق؛ لأنه أصل في الحقوق، والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها): أن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين - أمانةٌ، بمنزلة الوديعة؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه. ولو دفع إليه مالًا وقال: اقضه فلانًا عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين، فادفعه إلي، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه، وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما؛ لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما، وتكذيب الآخر، فيحلف المكذَّب منهما دون المصدَّق. فإن صدق الوكيل في الدفع، يحلف الطالب باللَّه ﷻ ما قبضه، فإن حلف لم يظهر قبضه، ولم يسقط دينه، وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل، وإن صُدِّق الطالب أنه لم يقبضه، وكذِّب الوكيل، يحلف باللَّه تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برئ، وإن نكل لزمه ما دفع إليه. وكذلك لو أودع ماله رجلًا، وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان، فقال المودع: دفعت، وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا.

ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل، وادعى أنه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة الأمر، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك؛ لأن المودع يدعي عليه الأمر، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه.

ولو كان المال مضمونًا على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم، فأمر الطالب، أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان، فقال المأمور: قد دفعت إليه، وقال فلان: ما قبضت، فالقول قول فلان أنه لم يقبض. ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل؛ لأن الضمان قد وجب عليه، وهو يدعي الدفع إلى فلان يريد إبراء نفسه عن الضمان الواجب، فلا يصدق إلا ببينة أو بتصديق الموكل. فإن صدقه الموكل يبرأ أيضًا؛ لأنه إذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان، ولكنهما لا يصدقان على القابض، ويكون القولُ قولَهُ، أنه لم يقبضه مع يمينه؛ لأن قولهما حجة في حق أنفسهما لا في إبطال حق الغير مع يمين

الطالب؛ لأنه منكر للقبض، والقول قول المنكر مع يمينه.

***

(مادة ٢٨٠): من باشر بالتوكيل عن غيره عقدًا من عقود المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، يقع العقد للموكل، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى الموكل[1].

الوكيل هل يملك الحقوق؟ جملة الكلام فيه: أن الموكل به نوعان: نوع لا حقوق له، إلا ما أمر به الموكل؛ كالوكيل بتقاضي الدين، والتوكيل بالملازمة ونحوه. ونوع له حقوق؛ كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه.

أما التوكيل بالبيع والشراء: فحقوقها ترجع إلى الوكيل، فيسلم المبيع، ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق. والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد كالبياعات والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع، فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، والمالك كالأجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن، ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن إليه، ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة، وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: «إن كان شخص وكيلًا عن غيره في عقد من عقود المعاوضات وباشر عقدًا من عقودها بأن باشر عقد بيع أو إجارة أو صلح عن إقرار، فإما أن يضيف العقد لموكله، وإما أن يضيفه لنفسه. فإن أضافه لموكله وقع العقد له إلا إذا خالف الموكل، فإن العقد يكون موقوفًا على إجازته لأنه بالمخالفة ينعزل عن الوكالة، ويكون حكمه حكم الفضولي، فإن أجازه الموكل نفذ عليه.

وإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، فلا يخلو الحال من أمرين: إما أن يكون التوكيل بشيء معين وثمن معلوم أو لا. فإن كان الشيء الموكل فيه معلومًا وثمنه معلومًا يكون للموكل، ولا يصح أن يشتريه الوكيل لنفسه لأنه يكون تغريرًا به. هذا إذا اشتراه بالثمن المعين.

فإن خالف بأن اشتراه بأكثر من الثمن المعين له أو بنقد آخر كان للوكيل لا للموكل، لأنه قد انعزل بالمخالفة، وإن لم يعين له شيئًا، فإما أن يعين له ثمنًا أو لا. فإن عين له ثمنًا وأضاف العقد إلى ذلك الثمن، فهو للموكل سواء نواه للموكل أو لا.

وإن لم يعين له ثمنًا ونواه للموكل فهو له. وإن نواه لنفسه كان لنفسه لجواز ذلك شرعًا وعادة، وإن قال الموكل: اشتريته لي، وقال الوكيل: اشتريته لنفسي يحكم النقد إجماعًا، فإن نقد الثمن من مال الموكل فهو له، وإن نقده من ماله، أو لم ينقده فهو للوكيل.

وإن اتفقا على عدم النية ففيه خلاف، فقال أبو يوسف: يحكم النقد، وقال محمد: يكون للوكيل.

وعلى كل حال لا يصح أن يكون في الشراء غبن فاحش لما فيه من الضرر بالموكل، والضرر يزال شرعًا».

ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه، ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه، غير أن المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانًا، وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن، ولا يطالب به الموكل. وإذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه، وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا له أن يخاصم الوكيل، وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه. وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل، وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل. وإذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل. ولو وجد بالمبيع عيبًا إن كان المبيع في يده، ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله. وكذلك هذا في الإجارة، والاستئجار وأخواتهما، وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح والطلاق على مال، والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد، والكتابة والصلح عن إنكار المدعى عليه ونحوه، فحقوق هذه العقود تكون للموكل عليه، والوكيل فيها يكون سفيرًا ومعبرًا محضًا؛ حتى إن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب به الزوج إلا إذا ضمن المهر، فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان. ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر، وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع إن كان وكيل الزوج، وإن كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع، إلا بالضمان، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد. وهذا الذي ذكرنا: أن حقوق العقد في البيع، والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا، وقال الشافعي - رحمه اللّه -: لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل، وإنما يرجع إلى الموكل.

وجه قوله: أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل، وتصرف النائب تصرف المنوب عنه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل؟ فكذا حقوقه؛ لأن الحقوق تابعة للحكم، والحكم هو المتبوع فإذا كان الأصل له فكذا التابع.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه، ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن عَقْدَهُ كلامُهُ القائِمُ بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلًا بفعل الغير حقيقة، وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال اللّه ﷻ: ﴿ وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم: ٣٩]، وقال اللّه عز شأنه: ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡ ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وإنما تلزمه العهدة، وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة. فأما إذا

لم يكن بأن كان صبيًّا محجورًا ينفذ بيعه وشراؤه، وتكون العهدة على الموكل لا عليه؛ لأن ذلك من باب التبرع؛ والصبي ليس من أهل التبرع، لكونه من التصرفات الضارة المحضة، فيقع محضًا لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات، ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه إن كان عالمًا فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلًا فله الخيار، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه.

وجه قوله: أن الرضا شرط جواز التجارة، وقد اختل الرضا؛ لأنه لما أقدم على العقد، على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه، فثبت له الخيار، كما إذا ظهر به عيب.

وجه ظاهر الرواية: أن الجهل بالحَجْرِ ليس بعذر؛ لأنه يمكنه الوصول إليه، خصوصًا في حق الصبي؛ لأن الأصل فيه هو الحجر، والإذن يعارض الرُّشْدَ، فكان سبب الوصول إلى العلم قائمًا، فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالمًا. ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا.

* * *

(مادة ٢٨١): إذا أضاف الوكيل عقد المعاوضة المالية إلى نفسه تعود حقوق العقد كلها إليه، فإن كان لبيع أو إجارة أو صلح من جهة المدعي يكون هو المطالب بتسليم ما باعه أو أجره، ويكون له المطالبة بالثمن والأجرة وبدل الصلح، وإذا استحق المبيع أو المؤجر أو المصالح عنه يكون للمشترى أو المستأجر أو المدعى عليه المصالح الرجوعُ عليه بالثمن أو الأجرة و بدل الصلح.

وإن كان وكيلًا بشراء شيء أو استئجاره أو المصالحة عنه من جهة المدعى عليه فله قبض ما اشتراه أو استأجره، وعليه دفع ثمنه أو أجرته وبدل ما صالح عنه.

فإن أضاف العقد إلى موكله عادت كل حقوقه على موكله، فلا مطالبة للوكيل ولا عليه مما يترتب على العقد من الحقوق والواجبات[1].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إذا أضاف الوكيل العقد لنفسه عادت جميع حقوقه إليه؛ لأنه هو العاقد حقيقة وحكمًا ولذلك صح إضافة العقد لنفسه، فإن كان وكيلًا ببيع أو إجارة أو صلح من جهة المدعي كان هو المطالب بتسليم ما باعه أو أجره، ويكون له المطالبة بالثمن وتسليم الأجرة وبدل الصلح، وإن كان وكيلًا بشراء شيء أو استئجاره أو بالمصالحة من جهة المدعى عليه فله بعض ما اشتراه أو استأجره، وعليه دفع ثمنه أو أجرته أو العين المصالح عليها إذا لم يكن محجورًا عليه لصغر أو سفه. وهذه الحقوق متعلقة به ما دام حيًّا، فإن غاب أو مات، فوكيله أو وصيه قائم مقامه في هذه الحقوق، فإن لم يكن له وكيل ولا وصي، فالحقوق ترجع إلى الموكل. وإن أضاف الوكيل العقد للموكل فجميع حقوقه متعلقة به، =

لا يشترط إضافة العقد إلى الموكِّل في البيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار، فإن لم يضفه إلى موكله واكتفى بإضافته إلى نفسه صحَّ أيضًا، وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية إلا لموكله، ولكن إن لم يضف العقد إلى الموكل تعود حقوقُ العقد إلى العاقد يعني الوكيل، وإن أضيف إلى الموكل، ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول. مثلًا: لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى بإضافته إلى نفسه ولم يضفه إلى موكله يكون مجبورًا على تسليم المبيع إلى المشتري، وله أن يطلب ويقبض الثمن من المشتري. وإذا خرج للمال المشترى مستحق وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل بالبيع، يعني يطلب الثمن الذي أعطاه إياه منه، والوكيل بالشراء إذا لم يضف العقد إلى موكله على هذا الوجه يقبض المال الذي اشتراه ويجبر على إعطاء ثمنه للبائع من ماله، وإن لم يتسلم الثمن من موكله. وإذا ظهر عيب قديم في المال المشترى فللوكيل حق المخاصمة لأجل رده، ولكن إذا كان ردَّ الوكيل قد أضاف العقد إلى موكله بأن عقد البيع بقوله: بعت بالوكالة عن فلان واشتريت لفلان، فعلى هذا الحال تعود الحقوق المبينة آنفًا كلها إلى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول بهذه الصورة.

لكن إذا لم يضف العقد إلى موكله ولم يكن الوكيل محجورًا، تعود حقوق العقد إلى العاقد أصالة أي إلى الوكيل، والوكيل وإن كان نائبًا في أصل العقد فهو أصيل في الحقوق ويكون الموكل في الحقوق المذكورة أجنبيًّا.

وسواء ذُكر حين التوكيل كون الحقوق المذكورة عائدة للوكيل أو لم يُذكر وسواء كان الوكيل غائبًا أو حاضرًا (التنوير).

قال القاضي الإمام أبو المعالي: إن العهدة على الموكل؛ لأنه إذا كان حاضرا كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة (تكملة رد المحتار).

حتى أنه لو وقع التوكيل بشرط عدم عودة الحقوق المذكورة إلى الوكيل كانت الوكالة صحيحة ولا حكم للشرط (البحر، وتعليقات ابن عابدين عليه). الوكيل أصل في العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرًا لما استغنى، وإنما جعل نائبًا في الحكم للضرورة كي لا يبطل معقود الموكل ولا ضرورة في حق الحقوق؛ ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه، فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسًا أو من لا يقدر على مطالبته (تكملة رد المحتار).

= ويكون الوكيل سفيرًا ومعبرًا، فلا مطالبة له ولا عليه بشيء منها.

وقال الشافعي: ترجع جميع الحقوق إلى الموكل مطلقًا سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى موكله؛ لأن الحقوق تابعة للملك وهو للموكل، فكذا توابعه.

ومما يتفرع على كون الوكيل أصيلًا في حقوق العقد: أنه لو وكل القاضي أحدًا ببيع ماله وأضاف الوكيل العقد إلى نفسه، ووقعت محاكمة بطلب المشتري بعد البيع رد البيع إلى الوكيل بعيب قديم، كان للقاضي المُومَى إليه أن يستمع هذه الدعوى ويحكم على وكيله (البحر)، والحال أنه إذا لم يكن الوكيل أصيلًا وكان الأصيل هو الموكل، أي القاضي لما كان صحيحًا حكمُ القاضي المذكور.

ويدل كذلك على كون الوكيل أصيلًا في حقوق العقد: أنه إذا توفي الوكيل بالشراء بعد أن اشترى نسيئة تحول ثمن المبيع في حق الوكيل إلى معجل، أما في حق الموكل فيبقى الأجل (تكملة رد المحتار).

إذا توفي الوكيل تنتقل الحقوق المذكورة عند بعض الفقهاء إلى وصي الوكيل وليس إلى الموكل، وإذا لم يكن للوكيل وصيٌّ تُرفعُ الكيفيةُ إلى القاضي فيعين له وكيلًا، وهذا يقوم بحقوق العقد والمعقول هو هذا، وعند بعض العلماء تنتقل حقوق العقد بعد موت الوكيل إلى موكله (التكملة، الطحطاوي، الدر المختار، البهجة، البحر).

قيل: إذا لم يكن الوكيل محجورًا؛ لأنه إذا كان الوكيل محجورًا على ما ذكر في المادة (١٤٥٨) فلا تعود حقوق العقد إليه (الدرر). فلو كان وكيل صبيًّا مميزًا غير مأذون، يردُّ المشتري المبيع إذا وجد فيه عيبًا إلى الموكل. وليس له أن يرده الوكيل المذكور (البحر).

والحكم على هذا المنوال في وكيل الوكيل، وتعود حقوق العقد إلى الوكيل الثاني (البحر).

وهذه الحقوق العائدة إلى الوكيل قسمان؛ أولهما: الحقوق التي للوكيل؛ كقبض المبيع ومطالبة ثمن المبيع، والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق.

وإيفاء هذه الحقوق ليس واجبًا على الوكيل؛ لأنه متبرع. لكن يجب أن يوكل الوكيل لأجل هذه الحقوق انظر المادة (١٥٠٤) واستعمال المجلة في بعض الأمثلة الآتية ألفاظًا تشعر بكون الوكيل غير مجبر على مباشرة هذه الحقوق مبني على هذا.

والثاني: الحقوق الثابتة على الوكيل، كتسليم المبيع، ويجبر على إيفاء هذه الحقوق كذلك.

***

(مادة ٢٨٢): الأب المستور حاله إذا تصرف في مال ولده الصغير، أو الكبير المجنون، أو المعتوه ببيع أو إجارة، وكان تصرفه بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد، وليس للولد

نقضه بعد الإدراك أو بعد الإفاقة من جنته أو عتهه[١].

أولى الأولياء الأب ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصيُّ القاضي، وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، والنظر على هذا الترتيب؛ لأن ذلك مبني على الشفقة، وشفقة الأب فوق شفقة الكل، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد؛ لأنه مرضي الأب ومختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، وخَلَفُ الشيء قائمٌ

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: «هذا إذا كان الشخص رشيدًا. فإن كان غير رشيد، فأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه متى بلغ خمسًا وعشرين سنة، والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف في (ماله وقد تقدم ذلك في شرح المادة ١٧٩).

وإن كان صغيرًا أو كبيرًا غير عاقل بأن كان مجنونًا أو معتوهًا فاتفق الأئمة على أنه محجور عليه ولا ولاية له. بل الذي يتولى أموره غيره، لأنه عاجز عن النظر فيما ينفعه.

وذلك الغير إما أن يكون له الولاية على النفس دون المال، وإما أن يكون له الولاية على المال دون النفس، وإما أن يكون له الولاية عليهما:

فالأول: هو عدا الأب والجد من العصبة مثل الأخ والعم.

والثاني: هو الوصي.

والثالث: هو الأب، والجد، والقاضي، بهذا الترتيب.

والمقصود الآن بيان من له الولاية على المال وحكم تصرفه سواء كان له الولاية على النفس أو لا، وهم ستة: الأب، ووصيه، وإن بَعُدَ، والجد، ووصيه، والقاضي، ووصيه. والأب مقدم على الجميع لوفور شفقته، ولكن الآباء ليسوا في درجة واحدة بالنسبة للتصرف في أموال أولادهم، بل هم مختلفون بحسب صفاتهم؛ لأن الأب إما أن لا يعرف بسوء الاختيار، بل يكون مشهورًا بالتدبير وحسن الاختيار أو مستورًا. وإما أن يعرف بسوء الاختيار بأن يكون فاسد الرأي سيء التدبير.

فإن كان الأول ثبتت له الولايةُ في النفس والمال على أولاده الصغار، ومن يلحق بهم من الكبار غير المكلفين ذكورًا كانوا أو إناثًا. ولا فرق في ذلك بين كونهم عنده وفي تربيته أو عند الحاضنة لهم، فله ختنهم وتزويجهم والتصرف في مالهم، بكل ما فيه صلاح لهم فيبيع أموالهم بمثل القيمة وبيسير الغبن؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، لا بفاحشه؛ لأنه مضر بهم.

فإذا كان التصرف بهذه الحالة نفذ على الصغير أو من هو في حكمه وليس له نقضه بعد البلوغ رشيدًا، أو بعد الإفاقة من الجنون أو العته، سواء كان التصرف بيعًا أو إجارة لأمواله. ولكن لو كان إجارة لنفسه فله نقضها، ويفرق بين إجارة المال والنفس؛ لأن الأب وقت عقد الإجارة على المال كان يمكنه التصرف في المال بخلاف النفس، فإنه لا يمكنه بيعها؛ ولأن منفعة الصغير بعد بلوغه صارت أتم بخلاف منفعة الأموال، فإنه لم يوجد ما يوجب زيادتها. فإن كان الغبن فاحشًا وهو ما لا يدخل تحت تقدير أهل الخبرة، أو ما كان قدر الخمس نقصًا في البيع وزيادة في الشراء كان التصرف باطلًا بالنسبة للبيع، ولا تنفع فيه إجازة الصغير بعد البلوغ، ولا إجازة المجنون أو المعتوه بعد الإفاقة؛ لأن الباطل لا تلحقه الإجازة، وفي الشراء ينفذ عليه إذا كان الثمن دينًا.

فإن كان عينًا فهو باطل أيضًا لأنه بيع من وجه، لكنه لو اشترى مال ولده لنفسه يلزم أن يعين القاضي وصيًّا لقبض الثمن، حتى لا يكون الأب مَطَالبًا ومَطَالِبًا، ولنفي التهمة. وكذا لو باع ماله لولده لا يكون قابضًا له إلا إذا تمكن من قبضه، فلو كان المبيع في جهة أخرى غير التي فيها الأب وهلك كان هلاكه على الأب، وإنما اشترط ذلك لأن المبيع مضمون بالثمن على البائع حتى يسلمه إلى المشتري، ولأن الأب له صفتان: صفة البيع، وهذه تقتضي أن يكون المبيع مضمونًا عليه حتى يسلمه، وصفة الشراء وهي تستلزم سلامة الثمن له إلى أن يتمكن من تسلم المبيع».

مقامه كأنه هو، وشفقةُ الجد فوق شفقة القاضي؛ لأن شفقته تنشأ عن القرابة والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي، وكذا شفقة وصيه؛ لأنه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته، وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة؛ لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة. وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله؛ لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات تجري جنايات لا يهتم لها إلا ذو الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهنَّ؛ لأن الوصي خلف الموصي قائم مقامه فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء. ولوصي الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت، والباقي ميراث للصغير، ثم ينظر إن كان واحدٌ ممن ذكرنا حيًّا حاضرًا فليس له ولاية التصرف أصلًا في ميراث الصغير؛ لأن الموصي لو كان حيًا لا يملكه في حال حياته فكذا الوصي، وإن لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير، إلا أنه يبيع المنقول لما أن بيع المنقول من باب الحفظ؛ لأن حفظ الثمن أيسر. وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظًا بنفسه، وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير؛ لأنها محفوظة، وليس له أن يشتري شيئًا على سبيل التجارة، وله أن يشتري ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الإرث بأن وهب له شيء أو أوصي له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلًا عقارًا كان أو منقولًا؛ لأنه لم يكن للموصى عليه ولاية فكذا الوصي.

* * *

(مادة ٢٨٣): الأب الفاسد الرأي الذي لا يحسن التصرف في المال إذا تصرف في مال ولده الصغير أو الكبير المجنون أو المعتوه ببيع فلا يصح بيعه أصلًا، إلا إذا كان بضعف القيمة، سواء كان المبيع عقارًا أو منقولًا. فإن باعه بأقل من ضعف القيمة يكون للولد نقضه بعد البلوغ أو الإفاقة[1].

لو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبي بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأي؛

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « تقدم حكم تصرف الأب إذا لم يشتهر بسوء الاختيار. فإن اشتهر به بأن عرف بأنه فاسد الرأي سيء التدبير وباع مال ولده، فلا يصح إلا بالخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع؛ لأنه إما أن يكون عقارًا أو منقولًا. فإن كان عقارًا فلا يصح البيع إلا إذا كان بضِعْف القيمة، فإن باعه بأقل من الضِّعْف لم يجز هذا البيع.

وحينئذ فللقاضي نقضه إذا علم به قبل بلوغ الصبي لما له من الولاية العامة، وإذا لم ينقضه القاضي فللولد نقضه=

ولو فاسد، فإن باع عقاره لم يجز، وفي المنقول روايتان.

***

(مادة ٢٨٤): الوصي إذا تصرف في عقار اليتيم بالبيع بغير مسوغ من المسوغات الشرعية فلا يصح تصرفه، وللصغير نقضه بعد إدراكه، وإن تصرف فيه بمسوغ شرعي لزم الصبي أحكامه وليس له نقضه.

وتصرف الوصي في مال اليتيم غير العقار بمثل القيمة أو بيسير الغبن جائز لازم؛ فليس للصبي نقضه بعد بلوغه، وإن تصرف فيه بغبن فاحش لا يصح تصرفه أصلًا ولا إجازته[1].

= بعد بلوغه، وإن كان منقولًا فلا يصح إلا إذا كان بزيادة الثلث بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر.

وصرح في بعض الكتب بعدم الفرق بين العقار والمنقول، بل قيل: إن الخيرية فيهما تكون بالضعف. والمشهور الأول. وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع مطلقًا بدون تقييدها بالثلث ولا بالضعف وهو ظاهر.

ووجه الفرق بين الحالتين حالة كونه مستورًا أو مشهورًا بحسن الاختيار. وحالة اشتهاره بسوء الاختيار: أنه في الحالة الأولى يكون الظاهر منه أنه ينظر في العواقب، فلا يتصرف في مال ولده إلا بما هو أصلح. وفي الحالة الثانية يكون الظاهر أنه تصرف عار عن التروي والنظر في العواقب، فاشترط في تصرفه تحقق الفائدة، وإذا كان الأب لا يبالي بما يصنع، بأن كان متلفًا ومبددًا للأموال وجب على القاضي أن ينزع مال الصبي ومَنْ في حكمه من تحت يده، وتسليمه لمن يختاره من الأمناء أصحاب الرأي والعفة ».

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: « تقدم حكم التصرف في مال الصغير إذا كان المتصرف هو الأب. وأما إذا كان وصيًّا، فيجب عليه أن يتصرف في مال اليتيم بالمعروف، جاعلًا نصب عينه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. ونحو ذلك من الآيات الكريمة مثل قوله تعالى: ﴿ وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ [النساء: ٩]. نزلت هذه الآية في الأوصياء تنبيهًا لهم على النظر إلى اليتامى بالعين التي يحبون النظر بها إلى أولادهم لو تركوهم ضعافًا عاجزين عن النظر في شؤونهم بما فيه الفائدة لهم. وكرر الحق جل شأنه الحثَّ على النظر في شؤون اليتامى بما فيه النفع لهم وعدم التطلع إلى أموالهم؛ لأن اليتيمَ مظنةُ الإهمال، وأموالُهُ مهبطُ طمع النفس الأمارة بالسوء.

وأكثر الناس التصاقًا بأموال اليتيم هم الأوصياء، ولذلك هددهم بالوعيد الشديد، حيث أردف الآية السابقة بقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء: ١٠].

ولذلك جعل الفقهاء لتصرف الوصي حدودًا معلومة وفرقوا بين ما إذا كان المال الذي يتصرف فيه الوصي عقارًا أو منقولًا.

فإن كان عقارًا فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية، فإن تصرف فيه بدون مسوغ شرعي فتصرفه باطل؛ لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى البيع، ولأنه في الغالب له أهمية عظيمة فيبقى للصغير، وإن كان هناك مسوغ جاز بيعه، والمسوغ ينحصر في أمرين: الشفقة على الصغير، أو اضطرار الوصي لبيعه؛ كتنفيذ وصيته بدراهم مرسلة مثلًا والمسوغات هي الآتية:

الأول: أن يكون على التركة ديون لا يمكنه قضاؤها إلا من ثمن العقار ولكن إذا كان يكفي لقضاء الدين بيع بعض العقار لا يجوز له بيع الكل على رأي بعضهم؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها. وقال الإمام: يجوز له بيع الكل كي لا يدخل في العقار عيب الشركة. =

العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع؛ لأن بيعه ليس من الحفظ، وبقاء عينه فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه.

ولا يبيع الوصي شيئًا مما لا يخاف عليه الفساد من مال القاصر أو الغائب في نفقة ولا غيرها؛ لأن ولاية البيع للنظر له، وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظر له، فلا يبيع شيئًا من ذلك، وبيع العقار ليس من الحفظ، فإن العقارات محصنة بنفسها.

وعليه: فليس للأب أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي، وعندهما: لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار.

= الثاني: أن يكون المورث أوصى بدراهم مرسلة، وليس في التركة نقود ولا عروض تفي بها.

الثالث: أن يكون الصغير محتاجًا إلى النفقة ولا يمكن الإنفاق عليه إلا من ثمن العقار، بأن لم يكن في التركة نقود ولا عروض حتى تباع وينفق عليه منها.

الرابع: أن يكون في البيع خيرية لليتيم، والخيرية أن يبيعه بضعف قيمته، كأن يكون عقار اليتيم ملاصقًا لموسر من الجهة الشمالية مثلًا، ويترتب على ضمه لبيته منفعة عظيمة فيرغب في أخذه بثمن يساوي قيمته مرتين. وصرح بعض العلماء بأن الخيرية تتحقق بوجود المنفعة للصغير مطلقًا كما تقدم.

الخامس: أن تكون مؤونته وخراجه زائدة على غلاته، كأن كان أرضًا زراعية وكانت مصاريفها التي تلزم لزرعها وخراجها المترتب عليها أكثر من ثمن الزرع الذي يخرج منه.

السادس: أن يكون العقار بيتًا آيلًا للسقوط، فإن المصلحة حينئذ تكون في بيعه خوفًا عليه من أن ينقض. والظاهر أن هذا مقيد بها إذا لم يكن عند الوصي نقود للصغير تمكنه من ترميم البيت أو بنائه واستغلاله. فإن أمكن ذلك، فلا يسوغ البيع لما صرحوا به من أن ولاية الوصي مبناها على التقيد بالمصلحة والنظر وبقاؤه أنظر لليتيم؛ لأن العقار من أنفس الأموال.

السابع: أن يخشى عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه، ونزعه من تحت يده، ولا يمكنه بعده أخذه واسترداده بأي طريقة. والظاهر أن مجرد الخوف لا يكفي لجواز البيع، فإذا تصرف الوصي في العقار مع وجود أحد هذه المسوغات جاز التصرف، ونفذت أحكامه على الصغير، وليس له نقضه بعد البلوغ.

وإن كان مال اليتيم منقولًا جاز له بيعه بدون مسوغ من المسوغات السابقة. قالوا: لأن الثمن أنفع لليتيم حيث يحفظ له بخلاف المنقول، فإن الشأن فيه أن يتسارع إليه الفساد، بل المدار على أن يبيعه بمثل القيمة. ويغتفر الغبن اليسير فينفذ البيع. وليس للصبي نقضه بعد بلوغه إلا إذا كان فاحشًا، فإن باعه بفاحش الغبن فالبيع باطل، ولا يقبل الإجازة أصلًا. هذا كله إذا باعه لأجنبي منه.

فإن باعه لنفسه أو لمن لا تقبل شهادته له، فإما أن يكون وصي الأب أو القاضي.

فإن كان الأول جاز ذلك بشرط الخيرية المتقدمة.

وإن كان وصي القاضي فلا يجوز؛ لأنه وكيل عنه وهو لا يصح له ذلك؛ لأن فعله حكم والقاضي لا يحكم لنفسه، فكذلك وكيله.

ولكن بعض المنقولات قد يكون بقاؤه أنفع لليتيم، كالشجر المثمر، وكالبناء المتين، فالظاهر أن مثل هذا لا يجوز بيعه ولم أر نصًّا في ذلك ».

وكذلك بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء، إلا في العقار، لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي بيع غير العقار أيضًا؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظٌ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه.

إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، وذلك بأن كانت على التركة دين مستغرق فله أن يبيع الجميع؛ لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع،وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقًا يبيع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى الأكثر من ذلك. وعند أبي حنيفة: جاز له أن يبيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل؛ لأنها لا تتجزأ ولو كان يخاف هلاك العقار ويملك بيعه؛ لأنه تعين حفظًا للمنقول، والأصح أنه لا يملك لأنه نادر، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة،أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار، أو يكون بيع العقار خيرًا لليتيم بأن كان خراجها ومؤنها تربو على غلّاتها، أو كان العقار حانوتًا أو دارًا يريد أن ينقض ويتداعى إلى الخراب. فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها، فإن كانت في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار، فإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار حينئذ يبيع العقار بمثل القيمة أو بغبن يسير.

الفَصْلُ الثَّانِي

في رضا العاقدين
وما يعدم الرضا

● **(مادة ٢٨٥): يشترط لصحة العقد الوارد على الأعيان المالية أو على منافعها تراضي العاقدين بلا إكراه ولا إجبار**[١].

من شروط صحة العقود الرضا؛ لقول اللَّه تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، عقيب قوله عزَّ اسمه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [النساء: ٢٩] وقال: « **لا يحل مال امرئ - يعني مسلمًا - إلا بطيب من نفسه** »[٢]، فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرهًا وسلم مكرهًا؛ لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرهًا وسلم طائعًا فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب الإكراه؛ ولا يصح بيع الهازل؛ لأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع، فلا يصح، بخلاف طلاق الهازل أنه واقع؛ لأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا، والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق، بخلاف البيع. على أن الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعًا قال ﷺ: « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة** »[٣] ألحق الهازل بالجاد فيه، ومثل هذا لم يرد في البيع.

وعلى هذا يخرج بيع المنابذة، والملامسة، والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية: كان الرجلان يتساومان السلعة فإذا أراد أحدهما إلزام البيع نبذ السلعة إلى المشتري؛ فيلزم البيعُ

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « الرضا ضد السخط؛ وهو: عبارة عن انبساط النفس وسرورها عند حصول ما ترغبه. وهو شرط من شروط صحة عقود المعاوضة، فيشترط لصحة أي عقد من العقود التي ترد على الأعيان المالية والتي ترد على منافعها رضا كل واحد من العاقدين وصدوره مع سماحة نفس وطيب خاطر، بحيث لا يصحبه الإكراه أي الإجبار. فإن صاحبه كان العقد فاسدًا؛ لأنه يؤدي إلى نزع مال الشخص من يده رغمًا عنه، وذلك ظلم واللَّه لا يهدي القوم الظالمين.

ولذا قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال عليه الصلاة والسلام: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب خاطر ». وقال أيضًا: « إنما البيع عن تراض ». [سنن ابن ماجه (كتاب التجارات) باب بيع الخيار/ ٢١٨٥)].

ولا فرق في ذلك بين كون الإكراه مُلجئًا أو غير مُلجئ، بل كل واحد منهما يؤثر على العقد الفاسد.

وقال زفر: عقد المكره موقوف لا فاسد، ولذلك تلحقه الإجازة، والذي رجحه العلماء: أنه فاسد، وإنما جاز بالإجازة لزوال عدم الرضا ».

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٨/ ١٨٢ برقم (١٦٥٣٣).

(٣) سنن أبي داود: ٢/ ٢٥٩ برقم (٢١٩٤).

رضي المشتري أم سخط، أو لمسها المشتري، أو وضع عليها حصاة، فجاء الإسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله. وعلى هذا يخرج بيع التلجئة، وهي ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره اختيار الإيثار. وجملة الكلام فيه: أن التلجئة في الأصل لا تخلو إما أن تكون في نفس البيع، وإما أن تكون في الثمن، فإن كانت في نفس البيع، فإما أن تكون في إنشاء البيع، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن كانت في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو رياء وسمعة، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أُظْهِرُ أني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا؛ فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد؛ لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة، وهو تفسير الهزل، والهزل يمنع جواز البيع؛ لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعًا منعقدًا في الحكم.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن البيع جائز؛ لأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد، وإنما عقدا عقدًا صحيحًا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط، كما إذا اتفقا على أن يشترطا شرطًا فاسدًا عند البيع، ثم باعا من غير شرط، والجواب: أن الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة، فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز، وإن أجازاه جاز، كذا ذكر محمد؛ لأن الشرط السابق وهو: المواضعة منعت انعقاد العقد في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما، ولا يملكه المشتري بالقبض حتى لو كان المشترى عبدا فقبضه وأعتقه لا ينفذ إعتاقه، بخلاف المكره على البيع والتسليم إذا باع وسلم فأعتقه المشتري أنه ينفذ إعتاقه؛ لأن بيع المكره انعقد سببًا للحكم؛ لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلًا؛ لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب إلا أنه فسد؛ لانعدام الرضا طبعًا فتأخر الملك فيه إلى وقت القبض، أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب في الجانبين أصلًا، فلم ينعقد السبب في حق الحكم، فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين. هذا إذا كانت التلجئة في إنشاء البيع، فأما إذا كانت في الإقرار به فإن اتفقا على أن يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك ثم اتفقا على أنه لم يكن فالبيع باطل، حتى لا يجوز بإجازتهما؛ لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الإخبار، فإن كان ثابتًا كان الإخبار صدقًا وإلا فيكون كذبًا، والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الإجازة؛ لأنها تلحق الموجود لا المعدوم، هذا كله إذا كانت التلجئة في نفس البيع إنشاءً كان، أو إقرارًا.

فأما إذا كانت في الثمن فهذا أيضًا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت في قدر الثمن،

وإما إن كانت في جنسه، فإن كانت في قدره بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفًا ويتبايعان في الظاهر بألفين، فإن لم يقولا عند المواضعة: ألفٌ منهما رياءٌ وسمعةٌ فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد ألفان. فإن لم يذكرا أن أحدهما رياء وسمعة صحت تسمية الألفين، وإن قالا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي يوسف: أن الثمن ثمن العلانية، وجه هذه الرواية: أن الثمن هو المذكور في العقد، والألفان مذكوران في العقد وما ذكرا في المواضعة لم يذكراه في العقد فلا يعتبر.

***

(مادة ٢٨٦): الإكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ، فالإكراه الملجئ: يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو، أو بعض عضو أو بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس أو عضو أو بإتلاف كل المال.

والإكراه الغير الملجئ: يعدم الرضا أيضًا، لكنه لا يفسد الاختيار. ويكون بالتهديد بالحبس والقيد المديدين وبالضرب الغير المتلف على حسب أحوال الناس[1].

الإكراه: هو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا. وقيل: الإكراه فعل يوجد من المكره، فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعًا إلى الفعل الذي طلب منه، وهذا في الشرع. وهو في اللغة: حمل المكره على أمر يكرهه، يقال: أكرهته على كذا، أي حملته عليه وهو كاره. وشرطه أن يكون المُكْرِهُ قادرًا على إيقاع ما هدده به وأن يغلب على ظن المُكْرَهِ أن يوقع به ذلك إن لم يفعل، وحكمه إذا حصل به إتلاف أن ينقل الفعل إلى المكره فيما يصلح أن يكون المُكْرَهُ آلَةً للمُكْرِهِ، ويجعل كأنه فعله بنفسه على ما يجيء تفاصيله. والإكراه نوعان: ملجئ

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « الإكراه في اللغة: هو حمل الإنسان غيره على فعل شيء لا يرضاه. وشرعًا: هو فعل لا بحق يوجد من الشخص، فيحدث عند من وقع عليه الفعل معنى يصير به مدفوعًا إلى الفعل الذي طلب منه.

وهو ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الملجئ: وهو ما يعدم الرضا بحيث تكون النفس كارهة لفعل الشيء المكره عليه ويفسد الاختيار بمعنى أنه صادر عنه بدون اختيار صحيح، بل يكون الفعل الصادر منه كحركة المرتعش وسقوط الملقى من أعلى جبل مثلًا. ويتحقق هذا النوع بالتهديد بالفعل أو بإتلاف عضو أو بعضه أو بضرب مؤلم ألمًا شديدًا أو بإتلاف جميع المال.

الثاني: غير الملجئ: وهو ما يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار، بمعنى أن يكون صادرًا منه مع كراهته له وعدم رغبته فيه، ولكنه حاصل باختياره وتوجه إرادته له ».

وغير ملجئ، فالملجئ: هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار. وغير الملجئ: قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يُعْدِمُ الرضا، ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار.

وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا؛ كالبيع والإجارة والإقرار، ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه، فكذا مع هذا الإكراه؛ لأنه ينعدم به الرضا، والأول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله، والمكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له كإتلاف النفس والمال، وإن لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره، فيكون كأنه فعله باختياره من غير إكراه أحد، وذلك مثل الإقرار والأكل؛ لأن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافًا إلى غير المتكلم، والآكل إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه، حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره، حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المكره من حيث الإتلاف فيرجع عليه بقيمته، وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه إن كان فيه إتلاف بأن كان قبل الدخول، ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا؛ لأن الرضا في حق المال شرط دون الطلاق.

ثم اعلم أن الإكراه لا ينافي أهلية المكرَه ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال؛ لأن المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب، والدليل عليه: أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى، كسائر أفعال المكلفين في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به إجراء كلمة الكفر في تلك الحالة وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام وهذا دليل على أنه مخاطب.

وقال الأتقاني: ثم الإكراه وهو حمل الإنسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على - نوعين كما عرف في أصول الفقه -: كاملٌ ويسمى ملجئًا وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وقاصر، ويسمى غيرَ ملجئ وهو يعدم الرضا، ولكن لا يفسد الاختيار، والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف، وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير. ثم إن الإكراه - أي على أي طريق وجد - لا ينافي أهلية المكره؛ لأنها بالذمة والعقل والبلوغ.

* * *

(مادة ٢٨٧): الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضًا[1].

فلو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خُيِّر بين أن يُمْضي البيع أو يَفْسخ؛ لأن الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا، والرضا شرط لصحة هذه العقود. قال اللَّه تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ فتفسد عند فوات الرضا، بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط؛ لأنه لا يبالي بمثله عادة، فلا يعدم الرضا، وهو شرط لثبوت حكم الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرهًا بمثله؛ لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد، فيفوت به الرضا. وكذا الإقرارُ جُعِلَ حجةً حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب، وعند الإكراه بترجيح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه. وقدر ما يكون من الحبس إكراهًا ما يجيء به الاغتمام البين.

ومن الضرب ما يجد منه الألم الشديد. وليس في ذلك حدٌّ لا يُزاد عليه ولا ينقص منه؛ لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع، بل يكون ذلك مفوضًا إلى رأي الإمام؛ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس؛ فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بِعَرْكِ أُذُنِهِ، لا سيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان، فيثبت في حقه الإكراه بمثله؛ لأن فيه هوانًا وذلًّا أعظم من الألم. والإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا يعد إكراهًا؛ لأنه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا، بخلاف حبس نفسه.

ويثبت به الملك عند القبض للفساد، أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرهًا الملك للمشتري لكونه فاسدًا كسائر البياعات الفاسدة. وقال زفر: لا يثبت به الملك؛ لأنه بيع موقوف وليس بفاسد، ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الإكراه جاز، ولو كان فاسدًا لما جاز؛ لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد به، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض،

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « تقدم حكم الإكراه بالحبس أو الضرب الذي يقع على نفس الشخص.
وأما إذا كان الإكراه بحبس أو ضرب قريب الشخص، كأبيه وأولاده، فقد اختلف فيه الفقهاء:
فقال بعضهم: إنه ليس بإكراه لأنه لا يلجئ ولا يعدم الرضا.
وحقق آخرون: أنه إكراه؛ لأنه يتألم من ذلك وكذا الحكم في كل قريب.
وقد علمت أن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ودرجة ارتباطهم بأقاربهم، فرُبَّ إنسان يعد حبس أبيه أو ولده وضربهما أشد عليه من حبس نفسه لقوة الرابطة بينهما، وربَّ شخص لا يبالي بذلك، بل قد يسر بما يحصل من الإيذاء بأصوله وفروعه أو أقاربه، بسبب منازعات حاصلة بينهم، ولذلك يجب على القاضي أن يكون عالمًا بأحوال الخصوم ليسهل عليه الوصول إلى الصراط السوي ».

كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض. ولنا: أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافًا إلى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي، وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط فيها لجواز البيع، وفواتها يوجب الفساد لا التوقف، بخلاف البيع بشرط الخيار فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط. أو نقول: لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالإكراه، فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق، إلا أن الشرع شرط للحل شرطًا زائدًا وهو التراضي، ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع.

* * *

(مادة ٢٨٨): يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفًا[١].

يختلف ما يتحقق به الإكراه مما يوجب الاغتمام البيِّن والحزن الشديد والألم باختلاف أحوال الناس؛ فمنهم من يتضرر بأدنى شيء، ويجد الهوان في الإيذاء الهين، وليس في ذلك حدٌّ معين لا يزيد عليه ولا ينقص منه؛ ولذا فإن البعض قد يتأذى بحبس يوم أو بحبس أحد الوالدين أو الأولاد ساعة، ومنهم من لا يؤذيه ذلك، ويستطيع احتماله. ولا يمنع ذلك أن هناك بعض المعايير الموضوع لاعتبار ما يحصل به الإكراه؛ فالتجهم والتهديد بما لا يمكن فعله، وكذا ضرب غير الوالدين إذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فلا يعد إكراهًا، وكذا الحبس والقيد؛ لأن ضرره دون ضرر المكرَه بكثير، فالظاهر أنه يرضى بهذا القدر من الضرر لإحياء أخيه، ولو أذن له المُكرَه عليه في قطعه أو ضربه، فقال للمكرَه: افعل، لا يباح له أن يفعل؛ لأن هذا مما لا يباح بالإباحة، ولو فعل فهو آثم. ألا ترى أنه لو فعل بنفسه أثم فبغيره أولى، وكذا الزنا من هذا القبيل أنه لا يباح ولا يرخص للرجل بالإكراه،

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « توجه الإرادة لا ينافي عدم الرضا؛ لأن الرضا عبارة عن انبساط النفس وسرورها عند حصول ما ترغبه بخلاف الاختيار، فإنه عبارة عن إرادة الشخص وتوجهه للفعل. وقد يوجه الإنسان إرادته لفعل الشيء مع كونه كارهًا له، مثل تناول المريض للدواء المر. فإن تناوله غير مصحوب بانبساط النفس، ولكنه حاصل بإرادته، وذلك يكون بالتهديد بالحبس المديد، ووضع قيد من حديد مثلًا في رِجْله مدة طويلة، ويكون أيضًا بالضرب الغير المتلف، ولا يخفى على الفطن أن هذا كله يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم القوي، ومنهم الضعيف، ومنهم الوضيع الذي لا يتأثر بها يتأثر به غيره، ومنهم الشريف الذي يؤلمه كثيرًا الكلامُ الخشنُ، ولذلك وَكَّل الشارع الحكيم الحكم في ذلك إلى فطنة القاضي وعدالته، فإنه هو الذي يمكنه معرفة تأثير الناس وتألمهم من الحبس والضرب من جهة الغاية والكثرة والشدة ».

وإن كان تامًّا ولو فعل يأثم؛ لأن حرمة الزنا ثابتة في العقول قال اللَّه ﷻ: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَـٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [الإسراء: ٣٢] فدل أنه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال، كقتل المسلم بغير حق، ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضًا حرةً كانت أو أمة أذن لها مولاها؛ لأن الفرج لا يباح بالإباحة. وأما المرأة فيرخص لها؛ لأن الذي يتصور منها ليس إلا التمكين، وهي مع ذلك مدفوعة إليه، وهذا عندي فيه نظر؛ لأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة. ألا ترى أن اللَّه ﷻ سماها زانية إلا أن زنا الرجل بالإيلاج، وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت، فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة، فينبغي أن لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل.

***

(مادة ٢٨٩): يشترط لاعتبار الإكراه المُعْدِم للرضا أن يكون المُكْرِه قادرًا على إيقاع ما هدد به، وأن يخاف المُكْرَه وقوعُ ما صدر تهديده به في الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه، فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به فلا يكون الإكراه معتبرًا[1].

وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المكره ونوع يرجع إلى المكره.

أما الذي يرجع إلى المكره: فهو أن يكون قادرًا على تحقيق ما أوعد؛ لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة ﵁: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما اللَّه -: إنه يتحقق من السلطان وغيره.

وجه قولهما: إن الإكراه ليس إلا إيعاد بإلحاق المكروه، وهذا يتحقق من كل مسلط، وأبو حنيفة يقول: غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد؛ لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه، فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثًا.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « الإكراه لا بد لتحققه وترتب حكمه عليه من شروط أربعة:

الأول: أن يكون المكرِه (بالكسر) قادرًا على إيقاع ما توعد به.

الثاني: أن يكون المكرَه (بالفتح) خائفًا وقوع الفعل الذي هدد به في الحال أو في المآل.

الثالث: كون المكره متلفًا نفسه أو عضوًا أو موجبًا غمًّا يعدم الرضا، كإتلاف كل المال أو حبس أولاده مثلًا.

الرابع: أن يكون المكره ممتنعًا عن فعل ما أكره عليه لحقه، كبيع ماله أو إتلافه أو لحق آخر، كإتلاف مال الغير أو لحق الشرع، كشرب الخمر مثلًا.

فإن فقد شرط من هذه الشروط بأن كان المكرِه غير قادر أو كان المكرَه لا يبالي بتهديده أو كان الإكراه لا يؤثر على المكره لكونه شيئًا خفيفًا بالنسبة إليه أو كان المكره غير ممتنع عن الفعل فلا يعد ذلك إكراهًا ولا يترتب عليه أحكامه ».

وقيل: إنه لا خلاف بينهم في المعنى، إنما هو خلاف زمانٍ؛ ففي زمن أبي حنيفة لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه ثم تغير الحال في زمانهما فغيرا الفتوى على حسب الحال، فأما البلوغ: فليس بشرط لتحقق الإكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل إذا كان مطاعًا مسلطًا، وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط، فيتحقق الإكراه من البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعًا مسلطًا.

وأما النوع الذي يرجع إلى المكرَه: فهو أن يقع في غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يُجِب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به؛ لأن غالب الرأي حجة، خصوصًا عند تعذر الوصول إلى التعين، حتى إنه لو كان في أكثر رأي المكرَه أن المكرِه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعًا، وإن وجد صورة الإيعاد؛ لأن الضرورة لم تتحقق. ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأي المكره أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الإكراه، لتحقق الضرورة. ولهذا إنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الإكراه لا يباح له أن يعجل بتناولها، وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه يباح أن يتناولها للحال، دلَّ أن العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإيعاد.

***

❁ (مادة ٢٩٠): إذا عقد المكره العقد في غياب المجبر ولم يرسل المُجْبَرَ أحدًا ليرده إليه إن لم يفعل فلا يعتبر الإكراه ويكون قد عقده طوعًا بعد.

إذا أكره إنسان على بيع بيته مثلًا بأن قال له: إن لم تبع بيتك قتلتك وذهب المجبر إلى بيته، فباع المكرَه بيته وهو معتقد أنه إذا لم يبع البيت ينفذ عليه المجبر ما توعده به كان ذلك الإكراه معتبرًا، وإن لم يرسل إليه أحدًا ليأخذه وسلمه إلى المُكرِه إن لم يبع البيت، وحينئذ يكون البيع فاسدًا كباقي عقود كل مكره؛ لأن المدار على غلبة ظنه إيقاع ما هدده به إن لم يفعل المكره عليه، وهذا هو الظاهر؛ وإن صرح بعضهم بأنه إنما يعتبر الإكراه ما دام المكره حاضرًا، فلو غاب عنه ولم يرسل إليه أحدًا ليأخذه وباع مثلًا يكون البيع صحيحًا، ولا يكون الإكراه معتبرًا مع أنه قد يكون المُكرِه جبارًا عنيدًا، فيأخذه المُكْرَه بغتة وهو لا يشعر ولا ينفع المظلوم إذ ذاك شفيع ولا نصير، فيظهر أن الأول أوفق. وبهذا فإن المادة مبنية على اشتراط حضور المكره لاعتبار الإكراه، وهو غير الأولى.

***

(مادة ٢٩١): الرضا شرط لصحة العقود التي تحتمل الفسخ فتفسد بفواته وذلك كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والهبة والصلح وتأجيل الدين والشفعة ونحوها.

فمن أكره إكراهًا معتبرًا بأحد نوعي الإكراه على عقد منها فلا يصح عقده[1].

يوجب الإكراه فساد التصرفات التي تحتمل الفسخ كالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها. وهو مذهب أئمة المذهب الحنفي خلافًا لزفر الذي ذهب إلى أنه يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي، وعند الشافعي بطلانها أصلًا .

ووجه قول الشافعي وزفر: أن الرضا شرط البيع شرعًا قال الله تعالى ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، والإكراه يسلب الرضا، يدل عليه: أنه لو أجاز المالك

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « علمت مما تقدم حكم ما إذا كان فعل المكرَه عليه في غيبة المكره.

وأما إذا كان المكره (بالكسر) حاضرًا، فإما أن يكون المكره عليه من الأشياء التي تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل، وإما أن يكون مما لا ينفسخ بالفسخ ولا يبطله الهزل. فإن كان الأول بأن أكره شخصٌ آخر على فعل شيء من الأشياء التي تنفسخ بالفسخ ويؤثر فيها الهزل، فحكمه الفساد؛ لأن الرضا شرط لصحته فلعدم الرضا فسد التصرف في ذلك الشيء.

وينبني على ذلك ما يأتي:

أن عقود المعاوضات كلها تفسد بالإكراه وفوات الرضا، وذلك مثل البيع والشراء والإيجار والاستئجار والصلح، فمن أكره على عقد منها فعقده فاسد. وقال زفر: إن بيع المكره موقوف لا فاسد؛ ولذلك تلحقه الإجازة، كما هو الشأن في كل عقد موقوف. وللمكره أن يسترد العين التي أكره على بيعها بعد زوال الإكراه وإن تداولتها الأيدي، والصحيح أنه فاسد لا موقوف.

وصحة إجازته لا تنافي الفساد؛ لأن الفساد كان حاصلًا بسبب عدم الرضا، وقد زال بحصول الإجازة طوعًا فيزول المسبب وهو الفساد، ولأن العقد صدر من أهله؛ لأنه عاقل مكلف مضافًا إلى محله، وعدم الرضا وصف له، والفساد لفقد شرطه وهو عدم الرضا، فصار كسائر الشروط المفسدة.

وحينئذ يفيد الملك بالقبض، فلو كان المبيع بالإكراه عقارًا وقبضه المشتري، ثم تصرف فيه بالوقف صح ذلك، ولا يمكن للبائع نقضه واسترداده. وكذا جواز استرداده لا ينافي الفساد أيضًا؛ أما عدم جواز الاسترداد في البيع الفاسد بغير الإكراه بعد التصرف فيه بنحو بيع، فلأن الفساد فيه لحق الشرع، ووجود التصرف أوجب فيه حقًّا للعبد، وحق العبد مقدم بخلاف البيع الفاسد بالإكراه، فإنه جاز فيه استرداد المكره له بعد زوال الإكراه، وإن تداولته الأيدي؛ لأن المبيع تعلق به حَقَّان. حق المكره، وحق المشتري الثاني، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. نعم بيع المكره يخالف البيع الفاسد في أمور أربعة:

١ - أن بيع المكره يجوز وينقلب صحيحًا بالإجازة القولية كما لو قال المكره بعد زوال الإكراه: أجزت البيع مثلًا. ويجوز أيضًا بالإجازة الفعلية، كقبض الثمن، لما تقدم من أن سبب الفساد زال، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة، كالبيع المقترن بشرط فاسد، فإن الإجازة لا تصيره صحيحًا؛ لأن الفساد فيه لحق الشرع.

٢ - أن المكره يملك استرداد المبيع إذا تصرف فيه المشتري تصرفًا يحتمل الفسخ، بأن باعه لما تقدم.

٣ - أن المشتري إذا تصرف في المبيع تصرفًا لا يحتمل النقض بأن وقفه، فللمكره تضمين القيمة وقت الوقف أو القبض بخلاف البيع الفاسد فإنه يضمنه القيمة يوم القبض لا غير.

٤ - إذا كان المكره بائعًا كان الثمن أمانة عنده، لأخذه بإذن المشتري، وكذا المبيع أمانة في يد المكره، إذا كان هو المشتري؛ لأنه أخذ المبيع بإذن البائع، والبيع الفاسد ليس كذلك ».

يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي، وهذه شبهة زفر - رحمه الله -.

ولنا ظواهر نصوص البيع عامًّا مطلقًا من غير تخصيص وتقييد، ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقًا من أهل البيع في محل، وهو مال مملوك للبائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفاسد لعدم الرضا طبعًا فكان الرضا طبعًا شرط الصحة لا شرط الحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة. إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه.

وإذا أجاز المكرَه واحدًا من العقود التالية للإكراه جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد، وما قبله أيضًا، بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها، فأجاز المالك واحدًا منها، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره، ولو لم يجز المالك شيئًا من العقود، ولكنه ضمن واحدًا منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله، والفرق: أن في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة فكانت الإجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره، أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة؛ إذ الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل، ومتى جاز الإكراه من الأصل جاز العقد الأول فتجوز العقود كلها فهو الفرق، وبخلاف ما إذا ضمَّن المغصوب منه أحدهم؛ لأنه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض إما بطريق الظهور وإما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود، وههنا بخلافه على ما مر.

وإذا قال البائع المكرَه: أجزت جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز هو الإكراه، والإجازة إزالة الإكراه، وكذا إذا قبض الثمن؛ لأن قبض الثمن دليل الإجازة كالفضولي إذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن، ولو لم يعتقه المشتري الأول ولكن أعتقه المشتري قبل الإجازة نفذ إعتاقه؛ لأن الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أو لا؛ لأن شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف إعتاق المشتري الأول قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض، ولو أعتقه المشتري الأخير ثم أجاز البائع العقد الأول لم تجز إجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة، وهو بالخيار إن شاء رجع بها على المكرَه، والمكره يرجع على المشتري الأول. وإن شاء رجع على أحد المشتريين أيهما

كان، أما الرجوع على المكرَه؛ فلما ذكرنا في إعتاق المشتري الأول أنه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الإتلاف، وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك المضمون بأداء الضمان فنزل منزلة البائع، وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان، فكذا له، ويصح كل عقد وجد بعد ذلك، وإن شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين المشتري الأول برئ المُكْرِه وصحت البياعات كلها؛ لأنه ملك المشتري الأول باختيار تضمينه فتبين أنه باع ملك نفسه فصح، فيصح كل بيع وجد بعد ذلك، وإن اختار تضمين المشتري الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله؛ لأنه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين أن كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل.

***

● (مادة ٢٩٢): لا يصح أيضًا مع الإكراه إبراء الدائن مديونه، ولا إبراء الكفيل بنفس أو مال؛ فمن أكره إكراهًا معتبرًا ملجئًا أو غير ملجئ على إبراء مديونه أو كفيل مديونه فإبراؤه غير صحيح، وله مطالبة كل منهما بدينه[1].

أما الإكراه على الهبة فيوجب فسادها كالإكراه على البيع، حتى إنه لو وهب مكرهًا وسلَّم مكرهًا ثبت الملك كما في البيع، إلا أنهما يفترقان من وجه، وهو أن في باب البيع إذا باع مكرهًا وسلم طائعًا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرهًا لا يجوز سواء سلم مكرهًا أو طائعًا.

وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الإكراه؛ لأن الشفعة في معنى البيع، ألا ترى أنه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت، فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الإكراه فكذلك تسليم الشفعة. ومن هذا القبيل الإكراه على الإبراء عن الحقوق؛ لأن الإبراء فيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح في المجهول كالبيع، ثم البيع يعمل عليه الإكراه، فكذلك الإبراء عن الكفالة بالنفس إبراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال، فكان ملحقًا بالبيع الذي هو تمليك المال فيعمل عليه الإكراه كما يعمل على البيع.

هذا إذا كان الإكراه على الإنشاء، فأما إذا كان على الإقرار فيمنع صحة الإقرار سواء كان

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: « لو أكره على تأجيل الدين الذي له على فلان أو على ترك الشفعة أو على التنازل عنها بعد الطلب، أو أكره على إبراء مدينه، أو إبراء الكفيل بنفس أو مال، أو أكره على الكفالة أو الحوالة أو الهبة، فلا يصح ذلك كله؛ لأن هذه الأشياء لا تصح مع الهزل فيؤثر فيها الإكراه ».

المقر به محتملًا للفسخ أو لم يكن؛ لأن الإقرار إخبار، وصحةُ الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقًا على الإخبار، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم، وإنما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم بالصدق، وحال الإكراه لا يدل على الصدق؛ لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه فلا يثبت الرجحان.

ولأن الإقرار من باب الشهادة قال اللَّه تبارك وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ [النساء: ١٣٥].

* * *

(مادة ٢٩٣): الكفالة والحوالة لا يصحان أيضًا بالإكراه، فمن كفل عن غيره كرهًا أو قبل حوالة دين عليه جبرًا فلا يلزمه شيء مما التزم به قهرًا[١].

ركن الكفالة والحوالة: هو الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل أو المكفول عنه، والقبول من المحال عليه والمحال جميعًا أو الكفيل، فالإيجاب: أن يقول المحيل للطالب: أحلتك على فلان هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما: قبلت أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا، وهذا عند أصحابنا.

وقال الشافعي - رحمه اللَّه -: إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك، فأما إذا كان له عليه دين فيتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال.

وجه قوله: أن المحيل في هذه الصورة مستوفٍ حق نفسه بيد الطالب؛ فلا يقف على قبول مَنْ عليه الحق، كما إذا وكله بالقبض، وليس هو كالمحال؛ لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذمم؛ فلا يصح من غير رضا صاحب الحق. ولنا: أن الحوالة تصرف على المحال عليه، بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين؛ لأنه ليس تصرفًا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء؛ بل هو تصرف بأداء الواجب؛ فلا يشترط قبوله ورضاه؛ ولأن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت: بعضهم أسهل مطالبة واقتضاءً، وبعضهم أصعب، فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافًا إلى التزامه.

وإنما اشترط رضا المحيل حتى لو كان مكرهًا على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء، فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات.

* * *

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « من أكره على تأجيل دينه أو على ترك الشفعة أو إبراء مدينه أو على الكفالة أو الحوالة فلا يصح، ولا يلزمه شيء مما التزم به ».

(مادة ٢٩٤): لا يصح الإقرار بالإكراه، فمن أكره إكراهًا معتبرًا على الإقرار، وعلم بدلالة الحال أنه إن لم يقر بما أكره عليه يوقع به المكرِه ما هدده به من إتلاف أو حبس أو ضرب وهو قادر على إيقاعه فأقر خائفًا من وقوع ذلك، فلا يعتبر إقراره ولا يلزمه شيء مما أقر به.

الزوج ذو شوكة على زوجته فمن أكره زوجته بالضرب أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له، وهي خائفة، فلا تصح الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر[1].

خوَّفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبة إن قدر الزوج على الضرب. وإن هددها بطلاق أو تَزَوُّج عليها أو تسرٍّ فليس بإكراه؛ لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعًا والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه. وفي مجمع الفتاوى: منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة، لأنها كالمكره.

ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى: وهي زَوَّجَ ابنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها فأقرت، ثم أذن لها بالزفاف، فلا يصح إقرارها لكونها في معنى المكرهة. وبه أفتى أبو السعود مفتي الروم.

***

(مادة ٢٩٥): العقود والتصرفات التي تصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها لا يؤثر فيها الإكراه ولا تبطل به.

فمن أكره على عقد نكاح أو على طلاق أو إعتاق جاز عقد نكاحه، ووقع طلاقه، وصح إعتاقه، ويرجع المعتق كرهًا بقيمة معتقه على مَنْ أكرهه إذا أعتقه لغير الكفارة وكان عتقه بالقول لا بالفعل[2].

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح هذه المادة: « لو أكره الزوج زوجته بنحو ضرب أو منع عن زيارة أهلها لتهب له مهرها وهو مستوفٍ لشرائط الإكراه فوهبته له، وهي بالغة، فلا تصح الهبة، ولا تبرأ ذمته من المهر. وبوجه العموم فإن الإقرار المصحوب بالإكراه غير صحيح؛ لأنه يؤثر فيه الهزل، فمن أكره إكراهًا معتبرًا مستوفيًا شرائطه المتقدمة على الإقرار، وعلم المكره بقرائن الأحوال أنه لو لم يقر يوقع به المكره ما توعده به من إتلاف نفس أو عضو أو إتلاف كل ماله ونحو ذلك وهو قادر على إيقاعه، فأقر المكره خائفًا من وقوع ذلك فلا يكون إقراره معتبرًا ولا يلزمه شيء مما أقر به ».

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « ظهر لك مما تقدم حكم العقود التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل إذا كان العاقد مكرهًا. وأما حكم العقود والتصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل مثل النكاح والطلاق والعتق ونحوها، كالتدبير والاستيلاد فلا يؤثر في إنشائها الإكراه، بل تقع صحيحة متى كانت مستوفية شرائطها، وحينئذ لا تفسد به ولا تبطل. وينبني على ذلك: أنه لو أكره شخصٌ غيره على عقد زواج أو على إيقاع طلاق أو على إعتاق عبد مثلًا، وكان الإكراه مستوفيًا شرائطه المتقدمة وقع هذا كله. ولكن المكره على الطلاق يصح رجوعه على المكره بنصف المهر بعد زوال الإكراه إن كان الطلاق قبل الدخول؛ لأنه هو السبب في التزامه بدون مقابل بإكراهه على الطلاق، بخلاف ما إذا كان =

الإكراه هو: إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملًا دون رضاه، سواء كان

= الطلاق بعد الدخول، فإنه لا يصح له أن يرجع على المجبر بشيء؛ لأن المهر قد تأكد عليه بالدخول، لما تقرر من أن كل وطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر.

وأما المكره على العتق فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون العتق بالقول، وإما أن يكون بالفعل. فإن كان عتقه بالقول، فإما أن يكون في مقابلة شيء، كأن أعتقه في نظير كفارة اليمين أو صيام، كأن حلف كاذبًا فأعتقه كفارة لليمين، أو أفطر عمدًا في رمضان فأعتقه كفارة للفطر.

وإما أن يكون عتقه بدون مقابل أصلًا، فإن كان عتقه للكفارات فلا حق له في الرجوع على مَنْ أكرهه بشيء، وإن كان عتقه لغير الكفارات فله الحق في الرجوع على مَنْ أكرهه بقيمة معتقه؛ لأنه هو السبب في خروج ملكه من يده بغير عوض. هذا إذا كان العتق بالقول. فإن كان بالفعل بأن أكره إنسانٌ غيرَهُ على شراء قريبه الذي هو رحم محرم منه فلا يرجع على من أكرهه بشيء؛ لأن العتق حصل بسبب القرابة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « من ملك ذا رحم محرم منه، عُتق عليه » [السنن الكبرى للنسائي: ٤٩١٢].

والقائل بأن الإكراه لا يؤثر في الزواج والطلاق والعتق ونحوه، كالتدبير هو الإمام أبو حنيفة. واتفق باقي الأئمة على أنه يؤثر فيها، كما أنه يؤثر على العقود التي تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل. ولكلٍّ دليلٌ.

فاستدل أبو حنيفة على رأيه بأن المكره قصد إيقاع الطلاق مثلًا على زوجته وهو أهل له؛ لأنه مكلف شرعًا لأنه خُيِّرَ بين أمرين: المهدد به والمكره على فعله، فاختار أهونهما عليه. واختياره أهون الشرين علامة القصد. وكل قاصد لفعل لا يخلو فعله عن حكمة؛ لأن الغرض من الفعل دفع الحاجة. وهي موجودة في المكره، لحاجته إلى التخلص مما توعد به من القتل أو قطع العضو مثلًا، إلا أنه غير راضٍ بالحكم، فيقع. ولا تأثير لعدم رضاه في هذا الحكم؛ لأنه ليس أقل حالة من الهازل الذي لم يكن عنده قصد أصلًا.

يدل على ذلك حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون، فقال عليه الصلاة والسلام: « نَفِي لهم بوعدهم، ونستعين اللَّه عليهم » [مسند أحمد: ٥/ ٣٩٥، ٣٩٧] فبين بذلك أن اليمين طوعًا أو كرهًا سواء.

ولكن يرد على أن فعل المكره صادر عن اختيار: أنه لو كان عند المكره اختيار لما صح له فسخ عقود المعاوضات بعد زوال الإكراه، ويجاب عن ذلك: بأن الذي خوَّل له حق الفسخ في عقود المعاوضات هو عدم الرضا، وهو ليس بشرط في العقود التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل، كما في الهازل. لأنه ليس عنده قصد أصلًا، وقد وقع عليه الطلاق لحديث: « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد؛ النكاح والطلاق والعتاق » [المستدرك على الصحيحين للحاكم: ٢٨٠٠].

وإذا كان حكم الهازل كذلك، فيكون المكره أولى، لوجود القصد عنده في الجملة. ولا يرد على ذلك: أن الهازل له اختيار كامل في قصد اللفظ بخلاف المكره، فإن اختياره فاسد بالإكراه، والفاسد في حكم العدم، فلا يلزم من الحكم بصحة هذه التصرفات بالنسبة للهازل حكم بصحتها بالنسبة للمكره؛ لأن الهازل له اختيار في السبب وهو اللفظ دون المسبب، وهو المعنى، فكان اختيار الهازل أيضًا غير كامل بالنظر إلى الحكم الذي هو المقصود، فصح قياس المكره عليه.

واستدل باقي الأئمة على رأيهم بقوله عليه الصلاة والسلام: « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [سنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي (٢٠٤٣، ٢٠٤٥). هو حديث حسن. ينظر: تلخيص الحبير للحافظ: ١/ ٢٨١]. أي: رفع عن أمتي حكم ما فعلوه خطأ أو نسيانًا أو مكرهين، فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل في غير هذه الأحوال، ولأن الإكراه لا يجتمع مع الاختيار لإفساده إياه. واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار بخلاف الهازل، فإنه مختار في التكلم بالطلاق والعتق غيرُ راضٍ بحكمه فيعتبر قوله.

وقد أجاب أبو حنيفة عن حديث: « رفع عن أمتي ... إلخ » بأنه لا يصح نفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة، فلا بد من تقدير الحكم، وهو نوعان: دنيوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ؛ لأنه كالمشترك. وحكم الآخرة مراد بالإجماع، فانتفى الآخر أن يكون مرادًا، فيبقى حكمه بدون رفع. وفيه أن هذا لا يصلح ردًا على من يرى استعمال المشترك في معنييه، =

هذا الإجبار بفعل مادي أو معنوي، وهو في تعريف التفتازاني: «حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خُلِّي ونفسه، فيكون معدمًا للرضا لا للاختيار؛ إذ الفعل يصدر عنه باختياره». وفي المادة (١٤٥٢) من مجلة الأحكام الشرعية تعريف الإكراه بأنه هو « الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه » ويتألف الإكراه بهذا من أمرين:

أولهما: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم حالٍّ كالضرب والسجن وأخذ المال أو التهديد بشيء من ذلك.

والثاني: تأثير هذا الخطرِ المهدَّدِ بوقوعه في الحمل على التصرف.

وينقسم الإكراه إلى قسمين:

أولهما: الإكراه الملجئ أو التام الذي يخشى فيه من تلف البدن، كأن يقول: إن لم تفعل كذا سأقتلك أو أقطع يدك.

والثاني: الإكراه الناقص أو غير الملجئ الذي لا يخشى منه على فوات النفس أو على سلامة الأعضاء، كأن يكون الوعيد بما لا يؤدي إلى إتلاف البدن.

والإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، على حين أن الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. ذلك أن المكرَه غير راض بإيقاع ما أُكْرِه عليه، وهو غير مختار في حالة الإكراه الملجئ، فيضاف فعله إلى الحامل له على الفعل. أما في الإكراه غير الملجئ فإن اختياره موجود، وهو يلجأ إلى إيقاع الفعل المكره عليه بعد موازنة منه بين إيقاع هذا الفعل وبين لحوق الخطر المهدد به.

عقود المكره:

شدد الفقهاء في تأثير الإكراه على العقود، وتفاوتت آراؤهم في ذلك على النحو التالي:

١ - مذهب الشافعية وبعض الحنابلة: أن عبارة المكره لاغية لا أثر لها شرعًا، فتعاقده باطل.

= كالشافعي. ولا يخفى أن مذهب الأئمة الثلاثة أرفق، خصوصًا وقد ورد في الأثر: « لا طلاق في إغلاق » [سنن أبي داود، كتاب: الطلاق، باب: في الطلاق على غلط (٢١٩٣)، وسنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي (٢٠٤٦)]. أي: لا طلاق واقع في حالة إكراه. ومحل الخلاف إنما هو في إنشاء النكاح والطلاق والعتق.
أما إذا كان الإكراه على الإقرار بهذه الأشياء فلا يصح. أما على رأي غير أبي حنيفة فظاهر، وأما على رأيه فلأن الإقرار خبر محتمل للصدق والكذب، وحصوله مقترنًا بالإكراه يرجع جانب الكذب، فلا يصح، ولا يقع ما أقر به؛ لأنه أقر بشيء غير واقع ».

٢ - مذهب المالكية: أن تعاقد المكره غير لازم يصح بإجازته في غير النكاح.

٣ - مذهب جمهور الأحناف: أن عبارة المكره منشئة لعقد فاسد، على حين ذهب زفر إلى أن عقد المكره موقوف.

وقد أخذ القانون المدني الأردني طبقًا لما جاء في المادة (١٤١) منه برأي زفر في أن عقد المكره موقوف لا ينفذ إلا إن أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه، حيث ينقلب العقد صحيحًا بهذه الإجازة.

أما القانون المدني المصري: فقد جاء في المادة (١٢٧) منه ما يفيد الأخذ كذلك برأي زفر في الحكم بأن عقود المكره من العقود القابلة للبطلان؛ حيث نصت على أنه « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس ». ذلك أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي قريب من مفهوم العقد القابل للبطلان في الاصطلاح القانوني، بفارق واحد، هو أن العقد القابل للإبطال يعتبر صحيحًا وتترتب نتائجه عليه ما لم يطالب أحد بإبطاله، على حين أن الحكم الموقوف في الفقه الإسلامي لا تترتب نتائجه ولا تثبت أحكامه إلا بعد حدوث إجازته من قبل صاحب المصلحة التي أريد حمايتها لحقه، وهو هنا المكره على التعاقد[1].

لا يحتمل الفسخَ كلٌّ من الطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص، وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عند الأحناف.

وعند الشافعي: لا تصح مع الإكراه واحتج بما روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: « **إن اللّه تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** »[2] فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفوًا؛ ولأن القصدَ إلى ما وضع له التصرف شرطُ جوازِه، ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون، وهذا الشرط يفوت بالإكراه؛ لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه.

وللأحناف أن عمومات النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد.

أما الطلاقة فلقوله ﷻ: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله ﷺ: « **كل طلاق جائز**

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج: ٩٥ - ٩٧.

(٢) سنن ابن ماجه: ١/ ٦٥٩ برقم (٢٠٤٣).

إلا طلاق الصبي والمعتوه »[١]؛ ولأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا، وهو ليس بشرط لوقوع الطلاق، فإن طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعًا، وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفائقة حسنًا وجمالًا الرائقة تغنجًا ودلالًا لخلل في دينها، وإن كان لا يرضى به طبعًا ويقع الطلاق عليها.

وأما الحديث فقد قيل: إن المراد منه الإكراه على الكفر؛ لأن القوم كانوا حديثي العهد بالإسلام، وكان الإكراه على الكفر ظاهرًا يومئذ، وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهوًا، فعفا اللَّه ﷻ عن ذلك عن هذه الأمة على لسان رسول اللَّه ﷺ، مع ما أنا نقول بموجب الحديث: أن كل مُسْتَكْرَهٍ عليه معفوٌّ عن هذه الأمة، لكنا لا نسلم أن لا يصح الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره عليه؛ وهذا لأن الإكراه لا يعمل على الأقوال كما يعمل على الاعتقادات؛ لأن أحدًا لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبرًا، فكان كل متكلم مختارًا فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهًا عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث.

* * *

● (مادة ٢٩٦): من أكره على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الإكراه، ولا يبطُلُ حقٌّ فَسَخَهُ بموته ولا بموت مَنْ أكرهه ولا بموت العاقد الآخر بل تقوم ورثتهم مقامهم[٢].

أما الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة - رضي اللَّه عنهم - وعند زفر - رحمه اللَّه -: يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي. وعند الشافعي: يوجب بطلانها أصلًا.

ووجه قولهما: أن الرضا شرط البيع شرعًا. قال اللَّه تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ والإكراه يسلب الرضا. يدل عليه: أنه لو أجاز المالك يجوز، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة، كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي، وهذه شبهة زفر.

---

(١) سنن الترمذي: ٣/ ٤٩٦ برقم (١١٩١).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « مما تقدم يعلم أن من أكره إكراهًا معتبرًا على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الإكراه، وإن تداولته الأيدي، لتقدم حق المكره على حق المشتري الثاني كما سبق.

ولا يبطل حق الفسخ بموت المكره ولا بموت المجبر ولا بموتهما. بل من مات منهما تقوم ورثته مقامه.

ولكن لو تصرف المشتري في المبيع مثلًا تصرفًا لا يحتمل الفسخ، بأن كان أرضًا فوقفها بطل حق الفسخ، كما لو هلكت أو استهلكت بل تعين له أخذ القيمة؛ لأن التصرف بالوقف بمنزلة الاستهلاك، نظرًا لمراعاة الموقوف عليهم بدون إلحاق ضرر بالمكره، لما أن القيمة بدل ملكه ».

دليل الأحناف ظواهر نصوص البيع حيث جاءت عامة مطلقة من غير تخصيص وتقييد؛ ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقًا من أهل البيع في محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفاسد لعدم الرضا، فكان الرضا شرط الصحة، لا شرط الحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات الفاسدة، إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه.

وإذا أجاز واحدًا من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد، وما قبله أيضًا بخلاف الغاصب، إذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا، حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها، فأجاز المالك واحدًا منها، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره، ولو لم يجز المالك شيئًا من العقود، ولكنه ضمن واحدًا منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله. والفرق أن في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود، بل توقف نفاذ الكل على الإجازة، فكانت الإجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره. أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة؛ إذ الفساد لا يمنع النفاذ، فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل، ومتى جاز الإكراه من الأصل جاز العقد الأول، فتجوز العقود كلها فهو الفرق، وبخلاف ما إذا ضمن المغصوب منه أحدهم؛ لأنه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته، وهو القبض، إما بطريق الظهور، وإما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود، وههنا بخلافه على ما مر.

وإذا قال البائع: أجزت جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز هو الإكراه، والإجازة إزالة الإكراه، وكذا إذا قبض الثمن؛ لأن قبض الثمن دليل الإجازة كالفضولي إذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن، ولو لم يعتقه المشتري الأول ولكن أعتقه المشتري قبل الإجازة نفذ إعتاقه؛ لأن الملك ثابت له بالشراء، وسواء كان قَبَضَ العَبْدَ أَوْ لا؛ لأن شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه، بخلاف إعتاق المشتري الأول قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض، ولو أعتقه المشتري الأخير ثم أجاز البائع العقد الأول لم تجز إجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة، وهو بالخيار إن شاء رجع بها على المكره، والمكره يرجع على المشتري الأول، وإن شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان. أما الرجوع على المكره فَلِمَا ذكرنا في إعتاق المشتري الأول أنه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الإتلاف، وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الأول؛ لأنه ملك

المضمون بأداء الضمان فنزل منزلة البائع، وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذا له، ويصح كل عقد وجد بعد ذلك. وإن شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين المشتري الأول برئ المكره وصحت البياعات كلها؛ لأنه ملك المشتري الأول باختيار تضمينه فتبين أنه باع ملك نفسه فصح، فيصح كل بيع وجد بعد ذلك. وإن اختار تضمين المشتري الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله؛ لأنه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين أن كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل. هذا إذا كان المكره هو البائع.

***

● (مادة ٢٩٧): عقد المُكْرَهِ ينعقد فاسدًا لا باطلًا فيقبل الإجازة فإن أجازه المكْرَهُ بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا[١].

قال محمد في الأصل: إن قالوا له: لنقتلنَّك أو لتقرَّنَّ لهذا الرجل بألف درهم، فأقر له بخمسمائة درهم فالإقرار باطل؛ وذلك لأنه إقرار مكره؛ لأنه أقر ببعض ما أكره عليه؛ لأن الإكراه على الأَلْفِ إكراه على كلِّ جزء من أجزائها. وقال في الأصل أيضًا: وإن أكرهوه على أن يقر له بألف درهم فأقر له بألفي درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف؛ وذلك لأنه في الألف مكره وفي الألف الأخرى طائع، فيصح إقرار الطائع لا المكره. قال بعض مشايخنا: ما ذكره محمد قولهما، كما إذا شهد شاهد أن أحدهما مدين بألف والآخر بألفين فإنه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافًا لأبي حنيفة. فأما على قول أبي حنيفة يصح إقراره بألفي درهم فلأنه لم يقر بما أكره عليه، وإنما أقر بشيء آخر، إلا أن يكون الإكراه بألف من كيس فأقر بألفين في ذلك الكيس كذا ذكر خُوَاهَرْزاده في مبسوطه، وقيل: بل هذا الجواب قولهم جميعًا؛ لأن محمدًا لم يذكر فيه الخلاف.

وجه الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لأبي حنيفة: أن المعتبر عند أبي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى والأَلْفُ غير الأَلْفَيْنِ في اللفظ. وليس كذلك الإكراه؛ لأن المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ؛

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « وكذا يعلم مما سبق أن عقد المكره يقع فاسدًا لا باطلًا إلحاقًا له بالهازل؛ لوجود القصد عنده بخلاف الهازل ولا ينعقد موقوفًا. أما كونه غير باطل فلأنه صدر من أهله العاقل البالغ، مع وجود محله القابل له، وهو المبيع، فتعين كونه فاسدًا لعدم الرضا، ولذلك يزول فساده بالإجازة، وينقلب صحيحًا إذا أجازه المكره بعد زوال الإكراه صراحةً أو دلالةً، لما تقدم من أن سبب الفساد زال، فيزول السبب وهو الفساد فيتصف بالصحة ».

لأن غرض المكره أن يتخلص ويفعل على غير إرادة المكره، وقد اتفقا في الألف في المعنى وإن اختلفا في اللفظ. وقال محمد في الأصل: وإن أقر بمائة دينار فإنه يكون جائزًا؛ لأنه إقرار طائع، فإنه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعض منه بل أتى بجنس آخر؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة.

* * *

(مادة ٢٩٨): عقود المكره لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف وتفيد الملك بالقبض، فإن كان المكره عليه عقد بيع يملك المشتري المبيعَ بقبضه ملكًا فاسدًا ويصح فيه كلُّ تصرف من التصرفات التي لا يمكن نقضها، وتلزم قيمته ويكون للبائع مكرهًا الخيارُ إن شاء ضمن المكره له على البيع قيمته يوم تسليمه إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفًا لا يحتمل النقض[1].

الأصل أن التصرفات القولية للمكره سواء كان مكرهًا بالملجئ أو بغيره تنعقد عند الأحناف كما في البيوع الفاسدة، وما يحتمل الفسخ يُفْسخ إن فَسَخَ المكره، وما لا يحتمله فلا يفسخ، الأول: وهو ما يحتمل الفسخ كبيعه وشرائه وإجارته وصلحه وإبرائه مديونه أو كفيله وهبته فإنه إذا أكره على واحد منها بأحد نوعي الإكراه خيِّر الفاعل بعد زوال الإكراه: إن شاء أمضاه وإن شاء فسخ؛ لأن الإكراه مطلقًا يعدم الرضا، والرضا شرط صحة هذه العقود فتفسد بفواته. وإقراره خبر يحتمل الصدق والكذب، وإنما صار حجة لرجحان جانب الصدق، والإكراه دليل على كذبه فيما يقر به قاصدًا إلى دفع الشر عن نفسه فيملكه أي المبيع بالإكراه (المشتري إن قبض)، كما في سائر البيوع الفاسدة فيصح إعتاقه؛ أي إعتاق المشتري لكونه ملكه، ولزمه (أي المشتري) قيمتُهُ؛ لأنه أتلف ما ملكه بعقد فاسد. فإن قبض (أي البائع) المكره الثمن أو سلم المبيع طوعًا نفذ البيع لوجود الرضا، وإن قبضه (الثمن) مكرهًا لا أي

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: «ثبت لك أن عقد المكره فاسد عند أئمة المذهب الحنفي لا باطل ولا موقوف. ولا يعزب عليك أن العقد الفاسد يفيد الملك بالقبض، وينفذ بدون توقف على إجازة المكرَه بعد زوال الإكراه. وكذلك لو كان المكرهُ عليه عقدَ بيعٍ يملك المشتري المبيع بثمنه غير أن الملك يكون فاسدًا. وبما أنه ملكه فيصح له أن يتصرف فيه كل تصرف من التصرفات التي لا يمكنه نقضها، كالوقف والصدقة والعتق والتدبير والاستيلاد وقد سبق بيان ذلك كله.

والبائع مكرهًا له الخيار إن شاء ضمن المكره له قيمته وقت تسليمه للمشتري، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم تسلمه أو وقت إحداثه فيه تصرفًا لا يحتمل النقض، أما تضمينه للمكره فلأنه بمنزلة الغاصب، وأما تضمينه للمشتري، فهو بمنزلة غاصب الغاصب. وإذا ضمَّن المكره المجبر فله أن يرجع على المشتري؛ لأنه هو الذي استهلك العين، وهي مملوكة له، فيضمن بدلها. ولا يخفى أنه إذا كان الثمن مع المكره واستهلكه يكون واجبًا في ذمته، فيحسب من ضمن الثمن. ولكنه لو هلك عنده بدون تعديه سقط عنه؛ لأنه أمانة في يده، كما سبق».

لا ينفذ لعدم الرضا، ورد البائع الثمن الذي قبضه مكرهًا إن بقي في يده ولم يضمن إن هلك؛ لأن الثمن كان أمانة عند المكره؛ لأنه أَخَذَ بإذن المشتري، والقبضُ إذا كان بإذن المالك فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه له لكونه مكرهًا على قبضه فكان أمانة، بخلاف ما إذا أكره على الهبة بلا ذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون فاسدًا، أي يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على الأصل القاضي بأن الإكراه على الهبة إكراه على الدفع، والإكراه على البيع ليس إكراهًا على التسليم. ولو هلك المبيع في يد مشترٍ غير مكره، والبائع مكره ضمن المشتري قيمته للبائع؛ لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونًا عليه كما في إعتاق المشتري. وله (أيِ للبائع) أن يضمن أيًّا شاء من الحامل والمشتري كالغاصب وغاصب الغاصب؛ فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب.

فإن ضمن الحامل رجع على المشتري بقيمته؛ لأنه قام مقام البائع بأداء الضمان؛ لأن المضمون يصير ملكًا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الغصب، وإن ضمن أحد المشترين وقد تداولته الأيدي نفذ كل شيء كان بعده أيْ بعد شرائه؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فظهر أنه باع ملك نفسه، ولا ينفذ ما كان قبله؛ لأن استناد ملك المشتري إلى وقت قبضه بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقدًا منها حيث يصح ما كان قبله وبعده؛ لأن المانع من النفاذ حقُّهُ فيعود الكل جائزًا.

***

(مادة ٢٩٩): للبائع المكره ولوارثه من بعده أن ينقض تصرفات المشتري التي تحتمل الفسخ، ويسترد العين التي أكره على بيعها حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد المشتري يضمن قيمتها، وللبائع الخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء ضمن المجبر. فإن ضمن المجبر فله الرجوع بما ضمنه على المشتري، فإن كان المشتري هو الذي أجبر على الشراء وهلك المبيع في يده بلا تعدٍّ منه فلا ضمان عليه، وكذا لا ضمان على البائع المكره إن قبض الثمن مكرهًا وهلك في يده بلا تعدٍّ منه[1].

لو باعه المشتري من المكره من آخر، وقد كان قبضه بتسليم البائع مكرهًا، فالبائع على

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « بالتأمل فيما يخالف فيه بيع المكره البيع الفاسد تعلم أن المكرَه (بالفتح) له أن ينقض جميع تصرفات المشتري التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، ويسترد العين التي أكره على بيعها حيث وجدها، وإن تداولتها الأيدي مراعاة لحق المكره؛ لأنه سابق على حق المشتري الثاني، فهو أولى. فإن هلكت العين في يد المشتري لزمه قيمتها؛ لأنها هلكت وهي على ملكه، كالمشتري شراءً فاسدًا.

ولكن البائع مكرهًا مخير بين أمرين إن شاء ضمن المكره قيمة المبيع يوم تسليمه للمشتري، ورجع عليه بما ضمن، وإن شاء=

خياره إن شاء نقض البيع الأول والثاني، وإن شاء أجاز البيع الأول؛ لأن البيع الثاني في كونه محتملا للفسخ كالأول، والبائع غير راض بواحد من البيعين فيكون متمكنًا من استرداده، وباسترداده ينفسخ البيعان جميعًا، كما لو اشترى عبدًا بألف درهم حالَّة، وقبضه المشتري بغير أمر البائع، فباعه كان جائزًا لمصادفته ملكه، وللبائع الأول أن يسترده؛ لأنه غير راضٍ بالعقد الثاني حين كان ممتنعًا من تسليمه إلى المشتري، فإذا استرده انتقض البيع الثاني. وكذلك في حق المكره بخلاف البيع الفاسد بشرط أجل، أو خيار لمجهول، فالمشتري هناك إذا باعه من غيره، ونفذ بيعه لا يكون للبائع أن يسترده؛ لأن البيع الثاني حصل برضا البائع الأول تسليطه عليه، فتسليمه المبيع إلى المشتري طائعًا يكون تسليطًا له على التصرف، وهنا البيع الثاني كان بغير رضا المكره؛ لأنه كان مكرهًا على التسليم، فيتمكن من نقض البيعين، واسترداد المبيع، فإن أجاز البيع الأول، فقد أسقط حقه في الاسترداد، فينفذ البيع الثاني؛ لأنه حصل من المشتري في ملكه ويده، كما لو قبض المبيع بغير إذن البائع، وباعه، ثم سلم البائع الأول للمشتري الأول، فقبضه جاز البيع الثاني لهذا المعنى.

وفي الفصولين: يجوز كل بيع جرى فيه، وإن تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض إذا نفذ البيع الأول بإجازة البائع كذلك البيع بقبض المشتري؛ لأن كل واحد منهم باع ملكه بعد ما قبضه بحكم عقد صحيح، إلا أنه كان للبائع الأول حق الفسخ، فإذا سقط حقه بالإجازة نفذت البيوع كلها، وكذلك في مسألة المكره لو تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض كان للمكره أن ينقضَ البيوع كلها، ويأخذ المبيع، فإن سلم المبيع في بيع من هذه البيوع الأول، أو الثاني، أو الآخر جازت البيوع كلها؛ لأن تسليمه إسقاط منه لحقه في استرداد المبيع. فأما البيع من كل مشترٍ فكان في ملكه لنفسه، ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ، وبالإجازة سقط حقه، فتنفذ البيوع كلها كالراهن إذا باع المرهون، وأجاز المرتهنُ البيعَ، أو الآجرُ باع المستأجَرَ، فأجازه المستأجر بعد البيع من جهة المباشر، والمجيز يكون مسقطًا حقه في الفسخ إلا أن يكون مملَّكًا بإجازته، وإذا جازت البيوع كلها كان الثمنُ للمكره على المشتري الأول، ولكل بائع الثمن على المشتري؛ لأن العقد الأول نفذ بين المكره والمشتري الأول بهذه الإجازة، فله أن يطالبه بالثمن، وكل عقد بعد ذلك إنما نفذ بين البائع والمشتري منه فيكون الثمن له، وهذا بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب، وسلمه،

= ضمن المشتري قيمته وقت تسلمه أو يوم هلاكه. هذا إذا اشترى طائعًا، فإن أكره على الشراء مثل البائع وهلك المبيع في يده بلا تعد منه فلا ضمان عليه أصلًا، بل يكون الضمان على المكره. ولكن لو تعدى عليه بأن استهلكه يكون ضامنًا وهو ظاهر ٢.

ثم باعه المشتري من غيره حتى تناسخته بيوع، ثم أجاز المالك بيعًا من تلك البيوع، فإنه يَنْفُذُ ما أجازه خاصةً؛ لأن الغصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذه البيوع يوقف على إجازته لمصادفته ملكه، فتكون إجازته لأحد البيوع تمليكًا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه، وهنا المشتري من المكره كان مالكًا، فالبيع من كل مشترٍ صادف ملكه، وإنما يوقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد.

وأما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعًا، ويستوي أيضًا في باب البيع والشراء الإكراهُ التامُّ والناقصُ؛ لأن كل ذلك يفوِّت الرضا ويستوي في الإكراه على البائع تسميةُ المشتري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعًا؛ لأن غرض المكره في الحالين جميعًا واحد وهو إزالة ملك البائع، وذلك يحصل بالبيع من أي إنسان كان. ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يومًا أو القيد يومًا فليس ذلك من الإكراه في شيء؛ لأن ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل، هذا إذا ورد الإكراه على البيع والتسليم. فأما إذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلَّم وهو طائع، والمبيع عبده فمولى العبد بالخيار إن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن الوكيل أو المشتري، فإن ضمن الوكيل رجع على المشتري، وإن ضمن المشتري لا يرجع على أحد، أما ولاية تضمين المكره فلأن الإكراه على التوكيل بالبيع إكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل؛ لأن التوكيل بالبيع تسبيب إلى إزالة اليد وأنه إتلاف معنى، فكان التلف بهذه الواسطة مضافًا إلى المكره فكان له ولاية تضمين المكره. وأما تضمين الوكيل فلأنه قبض ماله بغير رضاه، وكذلك المشتري، وقبْضُ مال الإنسان بغير رضاه سببٌ لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء.

فإن ضَمَّنَ الوكيل يرجع عن المشتري بقيمة المبيع؛ لأنه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع. ولكن لا ينفذ ذلك البيع بأداء الضمان؛ لأنه ما ملكه بأداء الضمان؛ لأنه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على إجازة مَنْ وقع له العقد وهو المالك، لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان، وهذا بخلاف ما إذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه؛ لأن هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان، وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضًا قبل أداء الضمان؛ لأن الغاصب إنما يملكه بأداء الضمان. ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب؛ لذلك وقف على إجازة المالك، وإن اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على أحد؛ لأن القيمة بدل المبيع، وقد سلم له المبدل، ثم إن كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه، وإن كان لم يقبضه فلا شيء، هذا إذا كان الإكراه تامًّا،

فإن كان ناقصًا لا يرجع المكْرَهُ بالضمان على المكره؛ لأن الإكراه الناقص لا يوجب نسبة الإتلاف إليه على ما بينا، ولكنه يرجع إلى الوكيل أو المشتري لما بينا، والله ﷻ أعلم.

* * *

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في الغبن الفاحش
والغلط الواقع في العقود

● (مادة ٣٠٠): الغبن الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغرير، وإنما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش - ولو لم يكن فيه تغرير - إذا كان المغبون غبنًا فاحشًا صغيرًا، أو كان المال الذي حصل فيه الغبن الفاحش مالَ وقْفٍ.

الغبن في اللغة: مصدر غبن إذا أدخل عليه ما يغضبه، وينقسم عند الفقهاء إلى قسمين: يسير وفاحش. فاليسير: هو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة بمعنى أنه إذا قوَّم المبيع من له دراية بأحوال التجارة في نفس ذلك المبيع يكون تقويمه شاملًا لذلك القدر اليسير. مثلًا: إذا اشترى إنسان بيتًا بألف جنيه مثلًا فادعى المشتري أن العقد فيه مائة جنيه زيادة على القيمة وأنكر البائع زيادة المائة، فعين القاضي أهل خبرة للنظر في ذلك، فقال بعضهم: المبيع يساوي تسعمائة جنيه، وقال الآخر: يساوي ألف جنيه، فالمائة التي دخلت في التقدير يعتبرها الفقهاء غبنًا يسيرًا. وقال بعضهم: الغبن اليسير هو ما كان أقل من الخمس. وقد اتفق العلماء على أنه لا يؤثر في البيع مطلقًا أي سواء صَاحَبَهُ تَغْرِيْر أو لا؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه.

وأما الغبن الفاحش، فهو: ما لا يدخل تحت تقدير أهل الخبرة، كما إذا باع شخص لآخر حصانًا بمائتين وخمسين جنيهًا، فادعى المشتري الغبن، فعين لذلك أهل الخبرة، واتفق الكل في تقديرهم على أن الحصان يساوي مائتي جنيه لا غير، فالقدر الزائد عن تقديرهم وهو الخمسون يقال له: غبن فاحش. وقد اختلف العلماء في حكمه، فقال بعضهم: الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب حق الفسخ للمغبون مطلقًا، أي سواء صاحبه تغرير أو لا، لقوله عليه الصلاة والسلام: **« دعوا الناس في غفلاتهم يرزق بعضهم بعضًا »**.

وقال بعضهم: يؤثر على العقد بالفساد ويوجب حق الفسخ مطلقًا أي سواء صاحبه تغرير أو لا؛ لأنه أوجب ضررًا على المغبون، والضرر يزال شرعًا.

وقال بعض المحققين: الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد إذا لم يصاحبه تغرير؛ لأن المشتري مثلًا قد رضي به، وإن صاحبه تغرير، فله حق الفسخ. وهو المفتى به؛ لأن المشتري لم يرضَ بالعقد إلا بسبب التأثير على نفسه بالتغرير والخداع الذي وجد من البائع أو من الدلال.

والظاهر أنه إذا كان ممن ليس له دخل في البيع يكون كعدمه، ولا يوجب فسخ العقد.

ومحل الخلاف إذا كان في غير مال الصغير أو الوقف. وأما إذا كان في مالهما فيجب فسخ العقد مطلقًا، سواء صاحبه تغرير أو لا؛ وذلك لأن الصغير يجب التصرف في ماله بما هو أنظر له، بحيث لو كان التصرف في ماله مشتملًا على غبن فاحش يكون باطلًا. قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وليس من الحسن إدخال الغبن الفاحش في ماله. وأما الوقف فإنه يفتى فيه بما هو أنفع والأنفع له عدم دخول الغبن الفاحش فيه.

بقي ما إذا حصل في العقد تغرير ولكن لم يوجد فيه غبن. وحاصله: أنه لا يخلو، إما أن يكون التغرير قوليًّا أو فعليًا؛ فإن كان قوليًّا فلا حق للمغرور في فسخ العقد ولا الرجوع على مَنْ عقد معه بشيء.

وإن كان فعليًّا كما إذا ربط صاحب البقرة أحلافها حتى اجتمع اللبن في ضرعها ثم ذهب بها إلى السوق، ورآها من يريد الشراء فاغتر بعظيم ضرعها واشتراها، فلما حلبها المرة الثانية وجد لبنها قليلًا بالنسبة لما وجد منها أولًا، ففيه خلاف بين أبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف:

- فقال أبو حنيفة: يرجع بالنقصان.

- وقال الشافعي: يجوز للمشتري أن يردها مع لبنها، أو يردها وصاعًا من تمر، لحديث: **« لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر »**[1].

- وقال أبو يوسف: يردها ويرد قيمة اللبن؛ لأن ذلك هو الواجب شرعًا. ولا يخفى ظهور رأي أبي يوسف.

* * *

❁ (مادة ٣٠١): إذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده، ويخير العاقد لفوات الوصف إن شاء أمضى العقد وإن شاء نقضه.

فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلًا على

---

(١) وهذا الحديث متفق عليه. (صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن يحفل الإبل والبقر والغنم برقم (٢١٥٠)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على أخيه وسوم على سومه برقم (١٥١٥).

أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع، والمشتري بالخيار بين إمضائه وفسخه[(١)].

إذا قال: بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال: بعتك هذا الثوب الهَرَوَيَّ بكذا فإذا هو مَرْوِيٌّ، أو قال: بعتك هذا الثوب على أنه مروي فإذا هو هروي لا ينعقد البيع في هذه المواضع؛ لأن المبيع معدوم. والأصل في هذا: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية، ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما، فالعبرة للتسمية أيضًا، ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه، ويتعلق العقد به. وإذا عرف هذا فنقول: الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان، وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان؛ فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد.

وكذا لو قال: بعتك هذا العبد فإذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة - رحمهم اللَّه -. وعند زفر - رحمه اللَّه -: يجوز.

وجه قوله: أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه أعني العبد والجارية، وإنما يختلفان في صفة الذكورة، والأنوثة، وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه، كما إذا قال: بعتك هذه الشاة على أنها نعجة، فإذا هي كبش.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « هذا حكم العقد المصحوب بالغبن. وأما إذا حصل غلط في محل العقد وكان الشيء المعقود عليه مسمًّى ومشارًا إليه فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن يختلف المسمى والمشار إليه جنسًا، أو يتحدا فيه ويختلفا وصفًا.

فإن كان الأول بأن اختلفا جنسًا تعلق العقد بالمسمى، وبطل لانعدامه، وذلك لما تقدم من أنه لا بد لتحقق أي عقد من وجود عاقدين ومعقود عليه.

وإن كان الثاني، بأن اتحدا جنسًا ولكن اختلفا وصفًا فإن العقد يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويكون للعاقد الخيار في أخذ المعقود عليه ورده لفوات الوصف المرغوب فيه.

هذا هو ما صرح به محمد حيث قال: « الأصل أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه، وينعقد لوجوده، ويتخير لفوات الوصف ».

وينبني على هذا: أنه لو اشترى إنسان من آخر ثيابًا على أنها حرير وأشار إليها ثم تبين أنها قطن، أو فصًّا من الماس وأشار إليه، ثم ظهر أنه زجاج يكون العقد باطلًا، لانعدام المعقود عليه وهي الثياب التي من حرير، والفص الذي هو من الماس.

ولو اشترى بقرة صفراء ليلًا وأشار إليها فإذا هي سوداء مثلًا صح العقد لوجود المعقود عليه، ويكون المشتري حينئذ مخيرًا بين إمضاء العقد وفسخه لفوات الوصف المرغوب فيه؛ لأن الرغبة تختلف باختلاف الألوان.

والمراد بالجنس عند الفقهاء ما يشمل النوع؛ لأن المراد به عندهم ما يحمل على أفراد كثيرة يتفاوت الغرض منها بخلاف الجنس المنطقي، فإنه ما يحمل على كثيرين مختلفين بالحقيقة والعدد، كلفظ حيوان، فإنه يشمل الإنسان والفرس ».

ولنا: أنهما جنسان مختلفان في المعنى؛ لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافًا فاحشًا فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقة، بخلاف النعجة مع الكبش؛ لأنهما اتفقا جنسًا ذاتًا ومعنىً أما ذاتًا فظاهر؛ لأن اسم الشاة يتناولهما، وأما معنىً؛ فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتًا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود محلٌّ للبيع، فجاز بيعه، ولكن المشتري بالخيار؛ لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللًا في الرضا فيثبت له الخيار.

الفصل الرابع

في محل العقد
وفائدته وقصد شرعيته

● (مادة ٣٠٢): لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلًا لحكمه. ويصح أن يكون محل العقد مالًا عينًا كان أو دينًا أو منفعةً أو عملًا[1].

يشترط في محل العقد أن يكون مالًا، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه لما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « **أعتقها ولدها** »[2] وروي عنه ﷺ أنه قال في أم الولد: « **لا تباع ولا توهب يستمتع منها صاحبها حياته فإذا مات فهي حرة** »[3] نفى ﷺ جواز بيعها مطلقًا وسماها حرة فلا تكون مالًا على الإطلاق؛ لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية حتى لا تُضْمَنَ بالغصب، والبيع الفاسد والإعتاق، وإنما تضمن بالقتل لا غير؛ لأن ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال.

وكذا لا يجوز بيع الكلأ في أرض مملوكة، أو الماء الذي في نهره أو في بئره؛ لأن الكلأ وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح، وكذلك الماء ما لم يوجد الإحراز، قال النبي ﷺ: « **المسلمون شركاء في ثلاث** »[4]، والشركة العامة هي الإباحة، وسواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤنة أو ساق الماء إلى أرض ولحقه مؤنة؛ لأن سَوْقَ الماء إليه ليس بإحراز فلم يوجد سبب الملك فيه فبقي مباحًا كما كان، وكذا بيع الكمأة، وبيع صيد لم يوجد في أرضه لا ينعقد؛ لأنه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه فلا يكون مالًا، وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري، والطير الذي لم يُصَدْ في الهواء، والسمك الذي لم يوجد في الماء.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « كل عقد من العقود يشترط له عدة شروط، منها: ما هو لازم لانعقاده، ومنها: ما هو لازم لصحته، ومنها: ما هو لازم لنفاذه، ومنها: ما هو لازم للزومه.

فمن شروط انعقاد أي عقد أنه يلزم إضافته إلى المعقود عليه، ويقال له: محل العقد. ولا بد أن يكون قابلًا لأثر العقد وحكمه المترتب عليه، حتى يعتبر العقد، ويكون موجودًا، فلو لم يضف العقد إلى محل قابل لأثره يكون بمنزلة المعدوم لفقد شرط من شروط انعقاده. وكما يصح أن يكون المحل الوارد عليه العقد عينًا من الأعيان القيمية كبيت مثلًا أو المثلية التي تثبت دينًا في الذمة كأردب قمحًا، كذلك يصح أن يرد على منفعة من المنافع، كأن يؤجر شخص بيتًا لآخر ليسكنه أو أرضًا ليزرعها أو على عمل من الأعمال، بأن أجر إنسان شخصًا ليرعى دوابه أو ليصنع طعامه، أو ليعمل دولابًا لكتبه مثلًا، وسنبين ذلك كله في مبحث البيع والإجارة. مفصلا إن شاء اللـه.

(٢) سنن ابن ماجه : ٢/ ٨٤١ برقم (٢٥١٦). (٣) مصنف ابن أبي شيبة : ٤/ ٤١٠ برقم (٢١٥٩٦).

(٤) سنن أبي داود : ٣/ ٢٧٨ برقم (٣٤٧٧).

(مادة ٣٠٣): يلزم لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كلٌّ من البدلين معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو ببيان وصفه، مع بيان مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة، ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف[1].

يشترط أن يكون محل العقد معلومًا وثمنه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة. فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود العقد، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود. ومن ذلك أنه إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع، أو ثوبًا من هذا العِدْلِ فالبيع فاسد؛ لأن الشاة من القطيع والثوب من العِدْل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة، وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع، فإن عيَّن البائع شاة أو ثوبًا وسلمه إليه ورضي به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة؛ ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض؛ ولأن الرضا شرط العقد والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم.

ويلزم في الإجارة كذلك بيان محل المنفعة حتى لو قال: أجرتك إحدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد؛ لأن المعقود عليه مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد، وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا باع نصيبًا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري أنه لا يجور لجهالة النصيب، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا علم به بعد ذلك، وإن كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز، سواء كان البائع يعرفه، أو لا يعرفه بعد أن صدق المشتري فيما قال، وجواب أبي حنيفة مبني على أصلين.

أحدهما: أن بيع النصيب لا يجوز عنده، وهو قول محمد، وعند أبي يوسف: جائز.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: « من شروط صحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين كالبيع أن يكون كل من البدلين معينًا تعيينًا يرفع الجهالة الفاحشة، ولا فرق بين أن يكون التعيين بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص به إن كان موجودًا وقت العقد، وإلا فيكون ببيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره أيضًا إن كان من المقدرات، كالمكيلات والموزونات، أو عدده إن كان من العدديات أو نحو ذلك من كل ما يرفع الجهالة الفاحشة. ولذلك لا يستغنى بذكر الجنس عن النوع، ولا بذكر النوع عن الوصف، وإنما اشترط رفع الجهالة الفاحشة؛ لأنها تفضي إلى النزاع وكل شيء يفضي إليه يوجب فساد العقد، بخلاف الجهالة اليسيرة فإنه يتسامح فيها لعدم تعذر رفعها، فلا تفضي إلى النزاع ».

والثاني: أن إجارة المشاع غير جائزة عنده، وإن كان المستأجر معلومًا من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى. وعندهما: إجارة المشاع جائزة، وإنما فرق محمدٌ بين الإجارة والبيع حيث جوَّز إجارة النصيب ولم يجوِّز بيع النصيب؛ لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا، وإنما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة، والنصيب عند الاستيفاء معلوم، بخلاف البيع فإن البدل فيه يجب بنفس العقد، وعند العقد النصيبُ مجهولٌ. وعلى هذا يُخَرَّج قول أبي حنيفة فيما إذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريبًا أو جريبين أنه لا يجوز، كما لا يجوز البيع؛ لأن اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يساوي الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول، وكذا إجارة المشاع لا تجوز عنده وإن كان معلومًا فالمجهول أولى، وعندهما: الذراع كالسهم، وتجوز إجارة السهم كذا إجارة الذراع، وكذا تخرَّج إجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة أنها لا تجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله، إذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وإنه غير معلوم فأشبه إجارة عبد من عبدين. وعندهما: جائز كبيع الشائع، وبه أخذ الشافعي.

والأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات وما لا فلا، فلزم أن تكون الأجرة مالًا متقومًا معلومًا وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع. والأصل في شرط العلم بالأجرة لقول النبي ﷺ: « من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره »[1] والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين أو بالبيان.

***

● (مادة ٣٠٤): لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلًّا للعقد المتقدم ذكره إلا في السلم بشرائطه[2].

يلزم أن يكون محل العقد موجودًا فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم،

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١٢٠ برقم: (١١٤٣١).

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وكذا يلزم لصحة عقد المعاوضة أن يكون المحل الوارد عليه العقد موجودًا، فلو كان معدومًا فلا يصح العقد، لأن إمكان التسليم شرط من شروط العقد والمعدوم لا يمكن تسليمه.

وينبني على ذلك أنه لو باع إنسان بقرة لآخر وهي موجودة صح البيع، بخلاف ما لو باع له الطير حال وجوده في الهواء أو السمك وهو في البحر، فإنه لا يصح. ولكن استثنى الفقهاء من ذلك السلم الذي هو بيع مثمن آجل بثمن عاجل إذا كان مستوفيًا شرائطه الشرعية. والأصل أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخَّص في السلم.

وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضَّرْع؛ لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع.

وكذا بيع الثمر، والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدومان، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يُشترط التركُ، ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلًا لا ينعقد. واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها»[١]، ولأنه إذا لم يَبْدُ صلاحُها لم تكن منتفعًا بها فلا تكون مالًا فلا يجوز بيعها، وهذا خلاف الرواية، فإن محمدًا ذكر في كتاب الزكاة في باب العُشْر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع، وتركها بأمر البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري، ولو لم يَجُزْ بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري، والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**من باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع**»[٢] جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا، فدل أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه، وهو أنه باع ثمرة موجودة، وهي بعرض أن تصير منتفعًا بها في الثاني، وإن لم يكن منتفعًا بها في الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر، والجحش، والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها بأن باعها ثمرًا وهي بسر، أو باعها عنبًا وهي حصرم. دليل صحة هذا التأويل قوله ﷺ في سياق الحديث: «**أرأيت إن منع اللَّه الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟**»[٣] ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودًا؛ لأن المنع منع الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ، والباذنجان، فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه؛ لأن فيه ضرورة؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري.

***

---

(١) صحيح البخاري: ٢/ ٥٤١ برقم: (١٤١٦).

(٢) سنن أبي داود: ٣/ ٢٦٨ برقم: ٣٤٣٣.

(٣) صحيح البخاري: ٢/ ٧٦٨ برقم: (٢٠٩٤).

❁ (مادة ٣٠٥): يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه، وأن يكون مقصودًا شرعًا، وكل عقد لا فائدة فيه للعاقدين فهو فاسد، وكذا العقد الذي قصد به مقصد غير شرعي[1].

يلزم أن يكون العقد مفيدًا فائدة معتبرة شرعًا، ويجري بها التعامل بين الناس؛ لأنه لا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس؛ فلا يجوز على سبيل المثال استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر. ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز؛ لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة، وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة. وكذا لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرًا باستئجار الأرض، ولا يجوز استئجار الشجر.

وقال أبو يوسف: إذا استأجر ثيابًا ليبسطها ببيته ليزين بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة، وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها: فلا أجر عليه؛ لأن قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة. ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت، ولا استئجار المسك، والعود وغيرهما من المشمومات للشم؛ لأنه ليس بمنفعة مقصودة ألا ترى أنه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: لما كان الشارع حكيمًا لا يحب من العمل إلا ما كان مفيدًا لفاعله، ومقصودًا له قصدًا صحيحًا حتم لصحة أي عقد من عقود المعاوضات أن يترتب على انعقاده فائدة تعود على كلٍّ من العاقدين. وذلك كأن يؤجر شخص لغيره بيتًا؛ فإن هذا العقد مفيد لكل من الطرفين المؤجر ينتفع بالأجرة والمستأجر ينتفع بمنفعة البيت مثلًا.

بخلاف ما إذا كان العقد غير مفيد، كبيع جنيه بمثله، فإنه لا يترتب على هذا العقد فائدة فيكون فاسدًا. وحتم أيضًا أن تكون الفائدة من الفوائد التي يقصدها العقلاء كما تقدم، فلو كانت الفائدة غير مفيدة في نظر العقلاء فلا يكون العقد صحيحًا أيضًا.

وينبني على ذلك: أنه لو استأجر إنسان دابة لا ليركبها بل ليجنبها حتى يقال: عنده جنيب، أو استأجرت امرأة حليًّا لا لتلبسه، بل لأجل أن تقول الزائرات: عندها حلي عظيم يكون عقد إجارة فاسدًا، لأنه وإن ترتب على ذلك فائدة، إلا أنها لا قيمة لها عند العقلاء، ولا تكون مقصودة شرعًا.

الفَصْلُ الخَامِسُ

في أحكام العقود

● (مادة ٣٠٦): إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما، ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها فسخها[1].

متى تم التعاقد مستوفيًا للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاء به كل فيما تعهد به، ولا يمس اتفاق بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه. فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسببه حلال، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أي من أحكامه أو شروطه بوجه العموم. فإن كان الاتفاق خارجًا عن القانون العام أو كان ملزمًا لشخص ليس طرفًا فيه لا بشخصه، ولا بمن يمثله أو كان سببه حرامًا أو كان فيه أكل أموال الناس بالباطل؛ كمن اشترط على بائعه إن لم يسلمه المبيع في وقت معين يكون ملزمًا برد ما أخذه من الثمن ومثله على سبيل التعويض، وكان ما حصل من ضرر تأخير التسليم لا يوازي جزءًا من عشرة من الثمن فلا يجوز القضاء بالتعويض على علاته حسب الشرط؛ لأن المشترط سيأخذه بلا مقابل لا على أنه هدية سمحت به نفس الواهب، بل على أنه حق واجب الأداء، فلا يحل للقاضي الحكم به ولا يحل لصاحب الشرط أن يأخذه لأنه بلا حقٍّ.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقود جمع عقد، وهي تنقسم إلى قسمين:

عقود غير لازمة: كالوكالة والإعارة، وعقود لازمة: كالبيع.

فغير اللازمة لا توجب التزام أحد بموجبها مطلقًا، سواء كان العاقد أو غيره، واللازمة تقتضي التزام كلٍّ من المتعاقدين بأحكامها المترتبة عليها، كتسليم المبيع مثلًا على البائع ووجوب تسليم الثمن على المشتري؛ لأن معنى العقد التعهد والالتزام وقد التزم كلٌّ من العاقدين لصاحبه بموجبه، ومن التزم بشيء يجب عليه القيام به، ولذلك لا يجوز لأحدهما فسخ العقد متى انعقد صحيحًا، نافذًا، لازمًا، إلا برضا صاحبه، ولم يمنع مانع من فسخه، فإن وجد ما يمنع فسخ العقد بأن وقف المشتري الأرض التي اشتراها (مثلًا)، فلا يصح فسخه وإن تراضى العاقدان على ذلك. ولا تسري أحكام العقود على غير المتعاقدين، إلا إذا كان الغير (متضامنًا) مع العاقد كأن كان شريكًا له، وكان المعقود عليه من أموال الشركة. وإنما تسري على المتعاقدين دون غيرهما؛ لأن الغير لم يتعهد ولم يلتزم بها يترتب عليه العقد، ولا لزوم بدون التزام.

وينبني على ذلك: أنه لو باع شخص لآخر دابة وسلمها للمشتري أو لم يسلمها ثم ادعى آخر أنها ملكه، وأثبت دعواه بطريق من طرق الحجج الشرعية، تعين على القاضي الحكم له بذلك.

طرفا العقد:

معنى كلمة « طرفا العقد »: هي كل مَن اشترك بالفعل وقت تكوين العقد بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ، ويدخل في حكم من اشترك في العقد من يتلقى عنه الحق كالورثة والموصى لهم بجزء معين من التركة كالربع مثلًا أو الثلث .

فإن تعاقد شخص على مشتري أرض مثلًا بثمن مؤجل على سنين معلومة كل سنة كذا، ثم مات قبل مضي المدة، وبقي عليه شيء من المقسط من الثمن فعلى ورثته دفع ذلك. فإن كان قد أوصى بثلث تركته لزيد مثلًا، فلا يأخذ الموصى له ثلث التركة إلا إذا دفع ما خص الثلث من دين المتوفى إن كان الدين حالًّا، فإن كان مؤجلًا لزمه كذلك. فإن لم يدفع الورثة أو الموصى له الدين الذي على التركة بيعت التركة وسدد الدين. فإن بقي لهم شيء كان تركة[1].

***

(مادة ٣٠٧): عقد المعاوضة من الجانبين الوارد على الأعيان المالية إذا وقع مستوفيًا شرائط الصحة يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر[2].

عقد المعاوضة، يقتضي ثبوت الملك في العوضين؛ فالبيع على سبيل المثال يوجب انتقال المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، وعلى كلٍّ منهما أن يسلم ما بيده لصاحبه. والإجارة كذلك إن لم ينص على اشتراط تعجيل الأجرة أو تأجيلها، فإذا كانت الإجارة مطلقة بدون اشتراط تأجيل أو تعجيل، وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو؛ فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد، فيثبت الملك للمؤاجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة، وهذا قول الأحناف. وقال الشافعي: حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل. وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعند الأحناف: يثبت شيئًا فشيئًا على حسب حدوث محله، وهو المنفعة؛ لأنها تحدث شيئًا فشيئًا، وعنده تجعل المدة موجودة تقديرًا كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال، وعلى هذا يبنى

---

(١) المقارنات التشريعية، سيد عبد اللّه حسين: ج٢.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: عقد المعاوضة من جانب كل واحد من المتعاقدين إما أن يكون واردًا على الأعيان المالية، وإما أن يكون واردًا على منافعها.

فإن كان واردًا على نفس الأعيان وانعقد مستوفيًا شرائط الصحة يوجب ثبوت الملك لكل واحد منهما في بدل ملكه والتزامه بتسليم ملكه المعقود عليه لصاحبه كما تقدم.

أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا، وعنده تملك.

وجه قوله: أن الإجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة، والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع، إلا أن الملك لا بد له من محل تثبت فيه منافع المدة المعلومة في الحال حقيقة، فتجعل موجودة حكمًا تصحيحًا للعقد، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودًا تقديرًا عند تحقق الحاجة والضرورة، ولنا: أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر؛ إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة؛ لأنه لا يقابله عوض؛ ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين والملك لم يثبت في أحد العوضين، وهو منافع المدة؛ لأنها معلومة حقيقة فلا تثبت الأجرة في الحال تحقيقًا للمعاوضة المطلقة وكان أبو حنيفة يقول أوّلًا: إن الأجرة لا تجب إلا بعد مضي المدة مثل استئجار الأرض سنة أو عشر سنين، وهو قول زفر، ثم رجع فقال: تجب يومًا فيومًا.

وفي الإجارة على المسافة، مثل: إن استأجر بعيرًا إلى مكة ذاهبًا وجائيًا كان قوله الأول: إنه لا يلزمه تسليم الأجر حتى يعود، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: يسلم حالًّا فحالًّا، وذكر الكرخي أنه يسلم أجرة كل مرحلة إذا انتهى إليها، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وجه قول أبي حنيفة الأول: أن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها، كمن استأجر خياطًا يخيط ثوبًا فخاط بعضه أنه لا يستحق الأجرة حتى يفرغ منه، وكذا القصار، والصباغ.

وجه قوله الثاني: وهو المشهور: أنه ملك البدل وهو المنفعة، وأنها تحدث شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان فيملكها شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها، فكذا ما يقابلها، فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الأجرة ساعةً فساعة، إلا أن ذلك متعذر فاستحسن، فقال: يومًا فيومًا ومرحلة فمرحلة؛ لأنه لا يعذر فيه. وروي عن أبي يوسف فيمن استأجر بعيرًا إلى مكة: أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجر بحسابه استحسانًا، وذكر الكرخي: أن هذا قول أبي يوسف الأخير، ووجهه: أن السير إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة في الجملة، فإذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله، وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجر أو وهبه له أو تصدق به عليه أن ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الأخير عينًا كان الأجر أو دينًا.

والأمر بوجه العموم أن العقد تترتب عليه أحكامه بمجرد انعقاده صحيحًا دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات شكلية من إشهاد أو توثيق أو كتابة، أو ما إلى ذلك مما عرفته قوانين

عديدة، فالمناط هو الرضا والتعبير عنه ممن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإنشاء العقود.

***

(مادة ٣٠٨): عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية مستوفيًا شرائط الصحة والنفاذ يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين[(١)].

يترتب على عقد المعاوضة الوارد على منافع الأموال أحكام عديدة تتفرع على التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة، وهو الأجرة لصاحب العين. والخلاف بين الفقهاء في تحديد سبب انتقال الأجرة للمؤجر، فيملكها عند الشافعي بالعقد، وعند الأحناف بالتعجيل بدفعها وتسليمها للمتصرف في العين أو باشتراط التعجيل في العقد أو باستيفاء المنفعة. وقد سبق التعرض لهذا الخلاف فلا نعيده.

***

(مادة ٣٠٩): عقد التبرع بالهبة بلا عوض لا يتم بعد انعقاده صحيحًا، ولا يلزم المتبرع حكمه إلا بتسليم العين الموهوبة للموهوب له وقبضها قبضًا تامًا.

ومثله عقد الهبة بشرط العوض فإنه لا يتم إلا بقبض العوضين[(٢)].

تمام الهبة بالقبض أي: أن يكون الموهوب مقبوضًا من الموهوب له. والكلام في اشتراط القبض في موضعين: في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا؟ وفي بيان شرائط صحة القبض.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: إن كان العقد واردًا على منافع الأعيان ووقع مستوفيًا شرائط اللزوم وجب على صاحب العين التي ورد العقد على منفعتها أو نائبه أن يسلمها لمريد الانتفاع بمقتضى العقد. وكذا يلزم المنتفع وهو المستأجر تسليم ما وجب عليه من الأجرة التي هي بدل المنفعة لصاحب العين، أو لمن هو نائب عنه، فإن شرط تعجيل الأجرة لزمته بمجرد العقد، بمقتضى الشرط. وإن لم يشترط ذلك لزمته بعد الانتفاع، وذلك يختلف باختلاف العين المستأجرة وعرف المتعاقدين. وسنبين ذلك مفصلًا في مبحث الإجارة إن شاء اللّه.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: تقدم حكم عقد المعاوضة. وأما عقد التبرع الوارد على العين بهبة فلا يفيد الملك في العين الموهوبة إلا بعد انعقاده مستوفيًا جميع شرائط الصحة والنفاذ واللزوم وسلمت العين الموهوبة للموهوب له وقبضها قبضًا كاملًا، بأن تكون مفرزة مميزة على حدتها غير مشغولة بملك الواهب؛ لأنها عقد ضعيف لعدم البدل، فيحتاج في إفادته الملك إلى القبض. ولذا قال عليه الصلاة والسلام: « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ». وهذا هو رأي أبي حنيفة.

وقال مالك: لا يتوقف الملك في الهبة على القبض. وهذا الخلاف في الهبة بغير عوض. وأما الهبة بعوض، فقال أبو حنيفة: هي هبةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً.

وقال مالك والشافعي وبعض الحنفية: إنها بيع ابتداء وانتهاء فتأخذ حكمه.

أما الأول: فمذهب عامة العلماء أنه شرط، وأن الموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء. وقال مالك: ليس بشرط، ويملكه الموهوب له من غير قبض؛ لأن الهبة عقد تبرع بتمليك العين، فيفيد الملك قبل القبض كالوصية.

ولعامة العلماء إجماع الصحابة - رضي اللَّه عنهم -، وهو ما روينا: أن أبا بكر وعمر اعتبرا القسمة والقبض لجواز الهبة بحضرة الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكرٌ فيكون إجماعًا، وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس - رضي اللَّه عنهم - أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة، ولم يرد عن غيرهم خلافه، ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع، بخلاف الوصية؛ لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها؛ إذ لا مطالبة قِبَلَ المتبرع وهو الموصي لأنه ميت. وكذلك القبض شرط انتقال الملك في الصدقة، لا عند عامة العلماء. وقال ابن أبي ليلى وغيره من أهل الكوفة: ليس بشرط، وتجوز الصدقة إذا أعلمت وإن لم تقبض ولا تجوز الهبة إلا مقبوضة. واحتجوا بما روي عن عمر وعلي أنهما قالا: إذا أعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض.

ولنا ما روي عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض، ولأن التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة. وما روي عن عمر وعلي محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول توفيقًا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

والثاني شرائط صحة القبض؛ فأنواع؛ منها: أن يكون القبض بإذن المالك، لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع، حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد فلأن يكون في الهبة أولى؛ لأن البيع يصح بدون القبض، والهبة لا صحة لها بدون القبض. فلما كان الإذن بالقبض شرطًا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطًا فيما يتوقف صحته على القبض أولى؛ ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن، وإن لم يكن ركنًا على الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع، ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضًا. **والإذن نوعان: صريح ودلالة. أما الصريح** فنحو أن يقول: اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى، فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانًا. والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس، وهو قول زفر؛ لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس، كما لا يصح القبول عنده بعد

الافتراق وإن كان بإذن الواهب كالقبول في باب البيع.

وأما الدلالة: فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا. والقياس أن لا يجوز، كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر. ولو قبض المشتري المبيع بيعًا جائزًا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسًا واستحسانًا حتى كان له أن يسترده.

ولو وهب شيئًا متصلًا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ففصل وقبض، فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته، ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب، ولم يوجد ههنا؛ لأن الإيجاب لم يقع صحيحًا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض. وإن قبض بإذنه يجوز استحسانًا والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر بناء على أن العقد إذا وقع فاسدًا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزًا. وعندنا: يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصورًا على الحال أو من حين وجود العقد. وكذلك إذا وهب دينًا له على إنسان لآخر، أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحًا جاز قبضه استحسانًا والقياس أن لا يجوز، وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسًا واستحسانًا فرق بين العين والدين.

ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض، لكون دلالة قصده تمليك ما قد ملَّكه من الموهوب له. وإيجاب الهبة في الدين لغير مَنْ عليه الدين لا تصح دلالة الإذن إلا بقبضه؛ لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير مَنْ عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض؛ لأنه إذا أذن له بالقبض صريحًا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضًا للواهب أوَّلًا، ويصير المقبوض ملكًا له أولًا ثم يصير قابضًا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهبًا ملك نفسه، والموهوب له قابضًا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض. وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك مَنْ عليه، فلم تصح الهبة فلا يجوز قبض الموهوب له، فهو الفرق بين الفصلين. ومنها: أن لا يكون الموهوب مشغولًا بما ليس بموهوب؛ لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل. وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارًا فيها متاع الواهب

وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد.

ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغًا جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد؛ لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع. ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة؛ لأن المتاع لا يكون مشغولًا بالدار، والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا. فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار. ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعًا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعًا؛ لأن التسليم قد صح فيهما جميعًا، فإن فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر، فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم وإما إن فرق. فإن جمع جازت الهبة فيهما جميعًا وإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك، وروعي فيه الترتيب إن قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز؛ لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار، وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه. ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعًا، أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه، وأما في الدار فلأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض.

وعلى هذا الأصل أيضًا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو حيوانًا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وإنها غير جائز؛ لأنه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولًا بغيره يمنع صحة القبض. ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الأم يجوز.

* * *

● (مادة ٣١٠): إذا انعقد العقد موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًّا تصرف في ملك غيره بلا إذنه، أو كان العاقد صبيًّا مميزًا فلا يظهر أثره، ولا يفيد ثبوت الملك، إلا إذا أجاز المالك في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة[1].

تعريف الفضولي: الفضولي كما جاء في المادة (١١٢) من المجلة العدلية هو « من يتصرف

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: ظهر لك مما ذكر في هذه المادة أحكام العقود النافذة اللازمة. وأما إذا كان العقد موقوفًا فإن كان العاقد فضوليًّا غير مالك لما يعقد عليه ولا نائبًا عنه، بل تصرف فيه بدون إذن من له حق التصرف، أو كان العاقد صبيًّا مميزًا غير مأذون له أو معتوهًا كذلك فلا يترتب عليه أثره، ولا يفيد ثبوت الملك بمجرد حصول العقد، بل يتوقف على إذن المالك أو وكيله في حالة ما إذا كان البائع فضوليًّا، وعلى إذن الولي أو الوصي فيما إذا كان المتصرف صبيًّا مميزًا=

بحق الغير بدون إذن شرعي »، وذلك كأن يبيع مال غيره أو يشتري للغير دون توكيل أو نيابة، وكأن ينفق نفقة ضرورية عاجلة على حيوانات الغير إذا غاب مالكها. وكذا لو وهب واحد مال غيره بلا إذنه لم تنفذ الهبة، ولكن لو أجازها صاحب المال تنفذ.

وقد جاء في المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري تعريف الفضالة بأنها هي: « أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزمًا بذلك ».

ويتفق التعريفان الفقهي والقانوني في أن الفضولي يعمل دون توكيل أو ولاية في ملك الغير، وأنه يعمل لحساب هذا الغير، فإن كان عمله لنفسه عُدَّ غاصبًا بذلك. وإنما يفترق التعريفان في أن الفضولي في القانون هو مَنْ يقوم بحاجة ضرورية عاجلة للمتفضل عليه فيرجع عليه بما أنفق من ماله، أما الفضولي في الفقه فهو مَنْ يتصرف في ملك الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة.

محل الفضالة في الفقه الإسلامي:

محل نطاق الفضالة عند من يجيزونها هو:

١ - التصرف القولي، فيشمل التصرف بالبيع والشراء والإجارة، كما يشمل التصرف بالتبرع بالهبة والوقف والوصية، ويصح التصرف بالفضالة عند مَنْ يجيزونها في الأحوال

= أو معتوهًا.

ولا بد أن تكون الإجازة معتبرة شرعًا بأن تقع مستوفية شرائطها المتقدمة في شرح المادة (١٧٧) والقائل بصحة عقد الفضولي؛ هم الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد.

وقال الشافعي: لا ينعقد عقد الفضولي لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية؛ لأنها إما أن تكون بالملك أو بإذن مَنْ له الملك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فصار كبيع المعدوم، وقد نهى عنه رسول اللّه ﷺ بقوله لحكيم بن حزام: « لا تبع ما ليس عندك ». سنن الترمذي (كتاب: البيوع عن رسول اللّه، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك/ ١٢٣٢)، وسنن النسائي (كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع. ٤٦١١)، وسنن أبي داود (كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده/ ٣٥٠٣)، وسنن ابن ماجه (كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك/ ٢١٨٧).

وفيه أن هذا لا يصلح دليلًا؛ لأن الغرض من الحديث النهي عن بيع ما ليس موجودًا عند الإنسان طمعًا في أن يشتريه ويسلمه للمشتري لأنه قد يعجز عن الحصول عليه فيحصل النزاع.

يرشد إلى ذلك أن سبب النهي هو قول حكيم للنبي ﷺ: إن الرجل يحضر عندي فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها له ثم أدخل السوق فأشتريها له، فقال ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك ».

واستدل الأئمة الثلاثة على جواز عقد الفضولي بأن النبي ﷺ أعطى حكيم بن حزام دينارًا ليشتريَ به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين، ثم اشترى شاة بدينار، وجاء بالشاة والدينار إلى رسول اللّه ﷺ فأخبره بذلك، فقال له ﷺ: « بارك اللّه لك في صفقتك. فأما الشاة فضحِّ بها، وأما الدينار فتصدق به ». وبأن التصرف صدر من أهله في محله بدون إلحاق ضرر بالمالك؛ لأنه مميز، وفيه نفعه لحصوله على الثمن بدون مشقة ونفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء، ونفع المشتري، فلهذا كله صح عقد الفضولي موقوفًا.

الشخصية من زواج وطلاق وخلع.

٢ - التصرف الفعلي، كأن ينفق الفضولي على مال الغير بدون إذنه، أو يصلح حائطه الآيل للسقوط أو أن يسترد للغير ما ضاع منه أو يعلف حيواناته له.

حكم الفضالة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في النظر إلى الفضالة والحكم عليها اختلافًا بعيد المدى، ويمكن تقسيم آراء هؤلاء الفقهاء إلى الاتجاهين التاليين:

١ - الاتجاه القاضي ببطلان تصرفات الفضولي، وهو مذهب عدد من فقهاء المالكية والراجح في المذهب الشافعي وأكثر الحنابلة، والظاهرية. دليل أصحاب هذا الرأي: أن الفضولي يتصرف في ملك الغير دون إذنٍ منه أو ولاية عليه فلم يصح.

٢ - الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة الأصيل، فإن أجازه نفذ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإن لم يجزه بطل. ومقتضى القول بالتوقف الاعتراف بالوجود القانوني لعقد الفضولي، ولكن لا تترتب آثاره عليه إلا بعد صدور الإجازة.

جاء في البدائع: « تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدةٌ موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها فإن أجازه ينفذ وإلا فيبطل ». ويستدل لذلك بما جاء في عمومات البيع والتجارة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [الجمعة: ١٠]. ووجه الاستدلال بهذه العمومات: أن اللّه شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما روي عن حكيم بن حزام أن رسول اللّه ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية بدينار وجاء بهما إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته[1] ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأمورًا ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول اللّه ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر.

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١١٢ برقم: ١٢٥٨.

أحكام الفضالة والآثار المترتبة عليها:

بناء على الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وهو الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، فإن الفضالة تترتب عليها الأحكام التالية:

١ - تعاقد الفضولي غير لازم لا في حق صاحب الشأن ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق مَنْ تعاقد معه. أما ثبوت حق الفسخ للمالك فلكي لا يدخل في ملكه أو يخرج منه شيء دون رضاه. وأما ثبوت هذا الحق للفضولي نفسه فلأنه سيصير وكيلًا بعد إجازة المالك، وتلزمه حقوق العقد فيجوز له الخروج من هذه المسؤولية، ولا يلزم هذا العقد في حق المتعاقد الآخر؛ لأن حكم عقد الفضولي هو الوقف، ولا يصير إلى اللزوم إلا بعد إجازة صاحب الشأن.

ومذهب المالكية أن عقد الفضولي موقوف في حق المالك وحده دون مَنْ ألزم نفسه به ووافق عليه من الفضولي والمتعاقد الآخر.

٢ - إذا صدرت الإجازة من صاحب الشأن انعقد العقد من تاريخ إنشائه لا من وقت صدور الإجازة بالنسبة للعقود المنجزة التي لا تقبل التعليق كالبيع والإجارة؛ وذلك لأنه بصدور الإجازة قد صار الفضولي أشبه بالوكيل بحكم أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، فيسري العقد من حين إنشائه بعبارة الفضولي.

أما بالنسبة للعقود التي تقبل التعليق كالكفالة والوكالة والإعارة فلا يسري العقد إلا من وقت الإجازة؛ لأن سريانه معلق على حدوث الإجازة.

ويظهر أثر هذا التفريق في معرفة حكم نماء محل التصرف وزيادته؛ حيث ينتقل ما يحدث من النماء والزيادة في الفترة التي تعقب إنشاء العقد وقبل صدور الإجازة إلى المشتري والمستأجر.

٣ - إذا هلك محل التصرف في يد الفضولي قبل الإجازة انتهى العقد ووجب عليه ضمان قيمته إلا إذا كان الهلاك بسبب لا يد له فيه ولا يمكن تحرزه عنه، وأما إذا هلك في يد مَنِ انتقل إليه بحكم العقد قبل الإجازة للنظر إليه أو تجريبه فإن مالك محل التصرف يخير بين تضمين من هلك في يده وبين تضمين الفضولي، ويرجع الفضولي على من هلك في يده، وإنما يكون الضمان بالقيمة لا بالثمن لأن العقد لم يتم لعدم صدور الإجازة ويبطل.

الإجازة وأحكامها:

الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي

موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالٍّ حسب طبيعة التصرف.

وتختلف الإجازة عن الإذن من حيث إن الإجازة هيّ الرضا بالتصرف بعد وقوعه، أما الإذن فهو الرضا بالتصرف قبل وقوعه.

وتتحقق الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة أو الفعل والمعاطاة على التفصيل المتعلق بطرق التعبير عن الإرادة.

شروط صحة الإجازة:

لا تصح الإجازة لتصرف الفضولي إلا باجتماع الشروط التالية:

١ - صدور الإجازة ممن يملك التصرف عند إنشاء العقد أو ممن ينوب عنه في ذلك. وعلى هذا فإنه لا تصح إجازة مَنْ لا يملك التصرف الذي يجيزه، فلو أن أحدًا تبرع بمال الصغير لم يكن للولي الحقُّ في إجازته؛ لأن هذا التصرف ليس له مجيز عند إنشائه، إذ يعتبر التبرع من التصرفات الضارة بالصغير، ولا يملك وليه إجازته كما لا يملك الصبي نفسه هذا الحق. ولو بلغ الصبي راشدًا لم يكن له حق إجازة هذا التبرع؛ لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند إنشاء العقد.

٢ - صدور الإجازة ومحل العقد قائم لم يهلك؛ لأن الإجازة تتعلق به، ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه، فلا تلحقه الإجازة إذا كان هلك؛ لأنه لا فائدة من الحكم بانعقاد العقد.

٣ - صدور الإجازة في حال حياة الفضولي في العقود التي ترجع حقوقها إليه كالبيع والإجازة، لأن عمله لا ينتهي بإصدار عبارته، ويستمر عمله بعد الإجازة بقيامه على حقوق مثل هذه العقود.

أما العقود التي لا ترجع حقوق العقد فيها إلى الفضولي كالزواج فلا يشترط فيها هذا الشرط لأن عمله ينتهي بصدور عبارته وترجع حقوق العقد وأحكامه إلى الأصيل بمجرد إجازة تصرف الفضولي.

ومن هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامي قد خطا بمبحث النيابة في التعاقد خطوات واسعة سبق بها الزمانَ، على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي سلف[1].

***

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج: ص ١١٥ - ١٢٠.

(مادة ٣١١): العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد[1].

العقد الصحيح:

هو العقد الذي رتب الشارع أحكامه عليه، لاجتماع أركانه وشروطه. وركن العقد هو الصيغة وحدها (الإيجاب والقبول) عند الأحنافُ، على خلاف الجمهور الذي يعتبر العاقدين والمحل من أركان العقد، كما تقدم.

وإنما يكون العقد صحيحًا بتطابق الإيجاب والقبول وصدورهما في مجلس واحد واتصال القبول بالإيجاب. ويشترط في العاقد أن يكون مميزًا عاقلًا بالغًا. كما يشترط في محل العقد أن يكون موجودًا معينًا قابلًا للتعامل فيه شرعًا ومقدور التسليم.

وحكم العقد الصحيح:

هو ترتيب آثاره عليه في الحال إن كان نافذًا، أو بعد زوال سبب الوقف إن كان موقوفًا.

وينقسم العقد الصحيح إلى نافذ أو موقوف:

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذي عقده مَنْ له ولاية عقده ولا يتعلق بالمحل حق للغير.
أما العقد الموقوف فلا يعقده مَنْ له هذه الولاية (الأصلية أو النيابية) وتترتب عليه آثاره بإذن صاحب الشأن. وأسباب توقف العقد وتعليق النفاذ على هذا الإذن عديدة من بينها أن يكون العاقد فضوليًّا أو مولى عليه كعقد الصغير المميز قبل الإذن له؛ فإنه ينعقد موقوفًا على إذن وليه. ومن أسباب وقف العقد كذلك أن يتعلق بالمعقود عليه حق للغير، كبيع الراهن الرهن (أو المؤجر المأجور على قول) فينعقد العقد صحيحًا موقوفًا على إذن المرتهن والمستأجر، منعًا للإضرار بحقوقهما، ومنه تبرع المريض مرض الموت بأكثر من ثلث تركته

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: والعقد من حيث وصفه ينقسم إلى أربعة أقسام: موقوف وقد تقدم وصحيح وفاسد وباطل. فالعقد الصحيح الذي يترتب عليه أثره بانعقاده هو ما كان مشروعًا بذاته ووصفه بمعنى أنه لم يطرأ عليه خلل في ركنه ولا في وصفه، وتوضيحه أنه هو العقد الذي يكون ركنه - وهو: الإيجاب، والقبول - صادرًا من أهله مضافًا إلى محله القابل لحكمه وتكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وأن لا يكون العقد مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد.

والشرط الفاسد هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يؤكد موجبه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لأجنبي أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه وسيبين معنى ذلك في شرح المادة (٢٢٧).

فإن تبرعه صحيح موقوف على إذن الورثة.

والعقد الموقوف قبل الإجازة كالباطل، لا يترتب عليه أثره، وبعد الإجازة صحيح تترتب عليه الأحكام الشرعية جميعها.

وينقسم العقد الصحيح كذلك إلى لازم وغير لازم. واللازم: هو الذي لا حق لأيٍّ من العاقدين أو غيرهما في نقضه وفسخه. أما غير اللازم: فهو الذي يثبت فيه الخيار في نقضه وفسخه. وتثبت الخيارات في نقض العقد بالاتفاق عليه أو بنص الشارع. وتتنوع الخيارات المتفق عليها لدى جمهور الفقهاء، ومن بينها خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية وخيار المجلس وخيار التعيين.

وبهذا فإن العقد الصحيح ينقسم إلى الأقسام التالية:

١ - العقد الصحيح النافذ اللازم.

٢ - العقد الصحيح النافذ الغير اللازم.

٣ - العقد الصحيح الموقوف.

العقد الغير الصحيح:

أما العقد الغير الصحيح فهو العقد الباطل عند جمهور الفقهاء، وهو الذي عراه الخلل في ركن من أركانه (الإيجاب - القبول - العاقد - المحل) أو اتصل به وصف نهى عنه الشارع، كالربا أو الغرر. ولذا فإن عدم تطابق الإيجاب مع القبول أو صدورَهُمَا مِنْ غير أهلٍ أو ورودَهُما على محلٍ غيرِ قابل للتعامل شرعًا مما يوجب بطلان العقد.

ولا فرق في البطلان عند الجمهور بين ورود الخلل في ركن من أركان العقد أو في شرط من شروط صحته، وسواء ورد الخلل في أصل أو وصف، فإن العقد لا يكون صحيحًا وينعت بالبطلان.

أما الأحناف فيفرقون بين الخلل الوارد في ركن العقد أو في شرط من شروط هذا الركن وبين الخلل الوارد في وصف منهي عنه؛ فالعقد الباطل عندهم هو ما ورد الخلل في أيٍّ من الأصول التالية:

١ - تطابق الإيجاب والقبول.

٢ - اتحاد مجلس العقد.

٣ - تعدد العاقد.

٤ - العقل والتمييز.

٥ - كون المحل مقدور التسليم.

٦ - كون المحل معينًا أو قابلًا للتعيين.

٧ - صلاحية المحل للتعامل فيه بكونه مالًا متقومًا مملوكًا.

أما العقد الفاسد فهو ما لم يرد الخلل في أصل من هذه الأصول السابقة، وإنما ورد في وصف يلتحق بهذه الأصول. والأسباب التي تجعل العقد فاسدًا عند الأحناف خمسة:

١ - الإكراه.

٢ - الغرر.

٣ - الربا.

٤ - شرط فاسد مقترن بالعقد.

٥ - التسليم موجب للضرر.

ومع ذلك فإن الباطل والفاسد في الزواج والعبادات بمعنى واحد، ويستخدم كل منهما أحيانًا في مكان الآخر في غير ذلك.

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة في الفقه الإسلامي:

ينقسم العقد في الفقه القانوني تقسيمًا، طرفاه العقدُ الصحيحُ والعقد الباطل (أو الباطل بطلانًا مطلقًا) يتوسطهما ما يعرف بالعقد القابل للإبطال أو العقد الباطل بطلانًا نسبيًا. أما الفقه الإسلامي فيتدرج في مراتب الصحة والبطلان تدرجًا أوسع من التدرج القانوني، فنراه يقسم العقد إلى:

١ - صحيح نافذ لازم.

٢ - صحيح نافذ غير لازم.

٣ - صحيح غير نافذ أو موقوف.

٤ - العقد الفاسد.

٥ - العقد الباطل.

وإذا حاولنا تنزيل التدرج الفقهي على التقسيم القانوني فإنه يمكن القول بأن طرفي التدرج في الفقه هو العقد الصحيح النافذ اللازم والعقد الباطل، وبينهما كلٌّ من العقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد الغير اللازم. وتفيد هذه المقارنة في إدراك الملاحظة التي جاءت

في المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني والتي ورد فيها:

« ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي عنها في القانون من حيث:

- هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان، فمِنْ عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد غير لازم، في حين أنه لا يوجد في القانون إلا العقد الصحيح والعقد الباطل. أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح حتى يبطل.

- في ابتداع فكرة العقد الفاسد، وهو ما لا مقابل له في القانون.

- في التصوير الفني للعقد الموقوف، وهو أرقى في الصياغة الفنية مما يقابله في القانون من العقد القابل للإبطال.

- في التدرج الدقيق في أثر الخيارات: مِنْ منع انعقاد العقد في حق الحكم في خيار الشرط إلى منع تمامه في خيار الرؤية إلى منع لزومه في خيار العيب. وهي في ذلك تلبس كل حالة الثوب الذي يلائمها، فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة، وطورًا يكون بالتراضي أو بالتقاضي، وطورًا يجوز الإسقاط مقصودًا وطورًا لا يجوز، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورًا لا ينتقل ».

ومع ذلك فقد استبعد القانون العراقي والسوري والمصري الأخذ بفكرة العقد الفاسد، وسوَّت هذه القوانين بين باطل العقد وفاسده، مخالِفَةً المذهبَ الحنفيَّ وآخذةً برأي الجمهور. لكن يتميز القانون العراقي عن نظيريه المصري والسوري في الأخذ بفكرة العقد الموقوف لاحتلال هذه المرتبة المتوسطة بين العقد الصحيح وبين العقد الباطل بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال من جهة أن العقد القابل للإبطال ينشأ صحيحًا منتجًا لآثاره إلى أن يطلب صاحب المصلحة الحكم بإبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فينتقل إلى الصحة بصورة نهائية. أما العقد الموقوف فينشأ صحيحًا، لكنه لا ينتج آثاره، بل تظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فيصح.

« ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه ».

وقد أخذ القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية

الصادر عام (١٩٨٥م) بفكرة العقد الفاسد المستمدة من المذهب الحنفي والزيدي، فكمل الأخذ في هذين القانونين بمراتب تدرج البطلان المعروفة في الفقه الإسلامي.

وفيما يلي بحث هذه المراتب والوقوف عند كلٍّ من العقد الباطل والفاسد والموقوف وغير اللازم[١].

* * *

(مادة ٣١٢): العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه أي أنه يكون صحيحًا باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله، فاسدًا باعتبار بعض أوصافه الخارجة، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولًا جهالة فاحشة، أو يكون العقد خاليًا عن الفائدة، أو يكون مقرونًا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد. والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه[٢].

في القاموس: فسد كنصر وقعد وكرم فسادًا وفسودًا ضد صلح فهو فاسد وفسيد من فَسْدَى ولم يسمع انفسد.

ونقل في الفتح: أنه يقال للحم الذي لا ينتفع به لدود ونحوه: بطل، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به: فسد اللحم، وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه، ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالًا متقومًا لا جوازه وصحته؛ لأن فساده يمنع صحته، أو أطلقوا المشروعية عليه نظرًا إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعًا.

العقد الفاسد تعريفه: تقدم تعريف العقد الفاسد عند الأحناف بأنه ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، أي أنه صدر ممن هو أهل لإنشائه بصيغة سلمت من الخلل، والمحل قابل لحكم العقد، غير أنه قد اتصل به وصف ينهى الشارع عنه.

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ١٥١ - ١٥٦.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقد الفاسد هو: ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، بمعنى أنه لم يطرأ عليه ما يوجب بطلانه، بل قد استوفى شرائط انعقاده ولكنه فقد شرطًا من شروط صحته بأن كان أحد البدلين مجهولًا جهالة فاحشة، بأن لم يعلم جنسه أو وصفه أو نحو ذلك، من كل جهالة تفضي إلى النزاع، أو يكون المعقود عليه غير مقدور التسليم أو خاليًا عن الفائدة أو تكون فائدته غير مقصودة شرعًا، أو اقترن بشرط من الشروط الفاسدة، كأن اشترى إنسان من آخر بيتًا بشرط أن يسكنه البائع سنة مثلًا. وحكم البيع الفاسد أنه يفيد الملك إذا قبضه المشتري بإذن البائع ولو دلالة، فإذا اشترى إنسان شيئًا شراء فاسدًا وقبضه ملكه بقيمته يوم قبضه لا بالثمن المسمى، لفساد التسمية. ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ما دام المبيع موجودًا على حاله ولم يزد زيادة متصلة، كأن كان دابة فسمنت ولم يتعلق به حق الغير؛ فلو وقف المشتري المبيع أو باعه امتنع حق الفسخ؛ لأن الفسخ حق الشرع، وبالتصرف فيه تعلق به حق العبد وهو مقدم لاحتياج صاحبه.

وأسباب الفساد التي سبقت الإشارة إليها كثيرة، من بينها الغرر والربا واقتران أي من عقود المعاوضات المالية بشرط فاسد والإكراه، عند الإمام وصاحبَيْه خلافًا لزفر، فإن العقد يكون موقوفًا بالإكراه والضرر في تسليم المعقود عليه.

وإنما انفرد الأحناف والزيدية بابتداع فكرة العقد الفاسد للتفرقة بينه وبين العقد الباطل، من حيث إن الخلل في العقد الفاسد لم يرد على أصل من الأصول التي يقوم عليها العقد (الصيغة - العاقد - المحل) وإنما تعلق بوصف خارج عن هذه الأصول التي يبطل العقد بورود الخلل فيها. وقد أراد المذهب الحنفي بهذا التمييز بين ما عدَّه أصلًا في العقد وبين ما عدَّه وصفًا اعتبارَ الخلل في الثاني أضعف أثرًا من الخلل في الأول.

وستتضح طبيعة هذا العقد من معرفة أحكامه.

أحكام العقد الفاسد:

١ - إمكان زوال الفساد في العقد الفاسد بزوال سببه. من ذلك أنه إذا كان الفساد لجهالة الأجل وعينه العاقدان في مجلس العقد، أو للاتفاق على الربح في المضاربة بنسبة معينة من رأس المال ثم غيرا ذلك إلى الاتفاق على تقسيم الربح بين صاحب المال والمضارب بنسبة معينة فإن العقد ينقلب إلى الصحة. ولو اتفقا على إسقاط الشرط الفاسد في معاوضة مالية صار العقد إلى الصحة أيضًا.

٢ - العقد الفاسد بعد تنفيذه وحدوث القبض يفيد ملك المعقود عليه إذا جرى القبض للمعقود عليه برضا صاحبه وإذنه صراحة. وقد اختلفوا في تحقق ملك المعقود عليه في العقد الفاسد بإذن صاحبه دلالة دون تصريح. والملك المستفاد بالقبض في العقد الفاسد لا يقوى قوة الملك الثابت بالعقد الصحيح؛ لأنه ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لو هلك في يد حائزه، ولا يفيد حل الانتفاع به كما تجب الشفعة بالقبض في العقد الفاسد؛ لأن حق البائع لم ينقطع.

٣ - يقوى العقد الفاسد بحدوث القبض وتنفيذ أحكامه عن طواعية وبرضا من المتعاقدين ولكن يستمر حق فسخ هذا العقد بعد القبض وتنفيذ العقد بالتفصيل التالي:

أ - إن كان فساد العقد راجعًا إلى البدل، كالبيع بخمر أو خنزير، فإن لكلٍّ من العاقدين فسخ العقد بعد القبض كما كان لهما قبله؛ لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد في صلب العقد، كما يقول الكساني؛ وذلك لأنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين، فكان الفساد قويًّا فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه، وبظهور عدم اللزوم في حقهما جميعًا.

ب - أما إن كان الفساد راجعًا إلى شرط فاسد، كبيع دار مع اشتراط حق البائع في استردادها عند الوفاء بالثمن، فإن لكلٍّ من الطرفين الحقَّ في فسخ البيع بعد القبض في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد الذي قصر الحق في الفسخ على المنتفع بالشرط. والقصد من التفريق بين حق العاقدين في الفسخ أو حق أحدهما فيه على أساس تعلق الفساد بالبدلين أو بشرط فاسد هو التفريق بين رجوع الفساد إلى صلب العقد وبين رجوعه إلى أمر زائد عن ذلك. يقول الكمال بن الهمام: « إذا كان الفساد في صلب العقد.. فيملك كل فسخه، وإن كان الفساد بشرط زائد، كالبيع على أن يقرضه ونحوه إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض. وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل الفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد. وعندهما لكلٍّ منهما حق الفسخ، لأنه مستحق حقًّا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ».

٤ - لا يستمر الحق في فسخ العقد الفاسد مطلقًا، وإنما يحكم بانتهاء الحق في المطالبة بهذا الحق على خلاف العقد الباطل؛ قصدًا إلى استقرار التعامل وحماية لحق أحد العاقدين أو للغير. وإنما يحكم بانتهاء هذا الحق للأسباب التالية:

أ - تصرف العاقد في المعقود عليه بعد قبضه بإذن صاحبه في عقد صحيح يتعلق به حق الغير، ولا يكلف باسترداد المعقود عليه من هذا الغير.

من ذلك أن المشتري في عقد فاسد إذا تصرف فيما اشتراه بعد قبضه ببيعه إلى طرف ثالث لا يستطيع أن يطالب هو ولا غيره بفسخ العقد، ويأمن الطرف الثالث من مطالبته برد ما اشتراه.

وكذا كل تصرف آخر ينقل الملك للغير، كالهبة أو الصدقة. ويهدف الحكم بإنهاء المطالبة بالفسخ في هذه الظروف إلى حماية الغير، بتصحيح التصرف الذي صدر من المشتري إليه، وتحويل ملكية المشتري في العقد الفاسد من ملكية غير ثابتة ولا لازمة إلى ملكية صحيحة تمنع مطالبته باسترداد المبيع.

ب - تغير المعقود عليه بزيادته زيادة غير متولدة عن الأصل، ولا متصلة به على نحو لا يمكن فصلها عنه. والقصد من الحكم باستقرار المعاملة الفاسدة ولزومها في هذه الحالة هو حماية حق المتعاقد نفسه؛ لأنه لو حكم بالرد مع الزيادة كان في هذا إضرار به.

جـ - وكذا إذا تغير المعقود عليه في العقد الفاسد تغيرًا يخرجه من صورته التي كان عليها، سواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره. وتستقر ملكية المشتري بهذا، وتصبح

غير قابلة للفسخ.

د - هلاك المعقود عليه في عقد فاسد بعد قبضه يمنع المطالبة بفسخ العقد ويضمن من هلك في يده مثل هذا المعقود عليه أو قيمته. من ذلك أن المبيع إذا انتقل إلى المشتري في بيع فاسد وهلك في يده فإن البائع لا يطالب بفسخ العقد، وإنما يطالب بضمان مثل المبيع إن كان من المثليات. والمثليات الأشياء التي لا تختلف آحادها، كالبيض والقمح والأرز وما إلى ذلك، أما القيميات فهي التي تختلف آحادها، كالحيوانات والسيارات المستعملة وما أشبه، وإنما يكون ضمانها بالقيمة.

والخلاصة أن العقد الفاسد تَرِدُ عليه الأحكامُ التالية:

١ - العقد الفاسد عقد منهي عنه ولا تترتب عليه - من جهة كونه عقدًا - آثاره الشرعية.

٢ - العقد الفاسد له وجود شرعي لانعقاده بتوافر شروط الانعقاد فيه. غير أن هذا الوجود غير مستقر ولا ثابت وتلزم إزالته ما لم يزل الوصف المفسد.

٣ - للعقد الفاسد وجوده كواقعة مادية كذلك، وتترتب عليه بعض الآثار بكونه سببًا فيها، من ذلك إفادته الملك الناقص بقبض المعقود عليه، وتحوله إلى الملك التام إذا تصرف المتملك القابض في المعقود عليه تصرفًا ناقلًا للملك إلى الغير.

٤ - يثبت حق الفسخ لأيٍّ من الطرفين قبل القبض، كما يثبت لهما بعد القبض إن تعلق الخلل الموجب للفساد بصلب العقد. أما إن لم يتعلق هذا الخلل بصلب العقد، بل بأمر زائد عنه، فإن الخيار يثبت لهما على رأيٍ في المذهب الحنفي وللطرف المستفيد من الفسخ وحده، طبقًا لرأي آخر في المذهب.

٥ - ينتهي حق الفسخ حماية لحق الغير أو للعاقدين بقيام سبب من الأسباب السابقة الذكر.

وقد استمد القانون المدني الأردني أحكام العقد الفاسد من المذهب الحنفي، فجاء في مادته (١٧٠) ما يلي:

١ - « العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح.

٢ - ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه.

٣ - ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.

٤ - ولكل من عاقديه أو ورثته حقُّ فسخه بعد إعذار العاقد الآخر ».

وهذه المادة قد جاءت بنصها تحت رقم (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[١].

***

(مادة ٣١٢): العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا، أي: ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، وهو لا ينعقد أصلًا، ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض[٢].

في المصباح بطل الشيء يبطل بطلًا وبطولًا وبطلانًا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل، والجمع بواطل أو أباطيل.

وفيه مناسبة للمعنى الشرعي، وهو ما لا يكون مشروعًا لا بأصله ولا بوصفه[٣].

وقد تناولت المادة (١١٠) من مجلة الأحكام العدلية أن البيع الباطل هو ما لا يصح أصلًا، يعني أنه لا يكون مشروعًا أصلًا.

العقد الباطل والفاسد:

أولًا: العقد الباطل:

تعريفه: العقد الباطل عند الأحناف هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، ويقصد

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص : ١٦٣ - ١٦٧.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: أما العقد الباطل فهو: الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه، بمعنى أنه حصل خلل في ركنه، بأن صدر الإيجاب أو القبول من غير أهله، كأن كان أحد العاقدين غير عاقل، أو خالف القبول الإيجاب مخالفة مضرة، أو حصل خلل في محله، بأن كان المعقود عليه غير موجود، أو كان موجودًا ولكنه غير قابل لحكم العقد، كما إذا كان المعقود عليه حرًا أو مسجدًا، فإن كلًا من الحر والمسجد غير قابل لحكم عقد البيع، وهو الملك وحكم البيع الباطل عدم ملك المشتري إياه ولو قبضه، بخلاف الفاسد كما علمت. وإن استهلكه المشتري يكون مضمونًا عليه بالقيمة التي يقدرها أهل الخبرة اتفاقًا.

وأما إذا هلك بدون تعدٍّ ولا تقصير بأن هلك قضاء وقدرًا أو هلك بفعل المبيع ففيه خلاف:

قال بعضهم: لا يكون مضمونًا؛ لأنه أمانة، وهي لا تضمن بدون تعد أو تقصير، ونسب هذا الرأي لأبي حنيفة.

وقال آخرون: يكون مضمونًا بمثله إن كان مثليًا، أو بقيمته إن كان قيميًا، كالمقبوض على سوم الشراء؛ لأنه قبضه لنفسه، فلا يكون حكمه حكم الأمانة لأنها مقبوضة على أنها ملك لصاحبها. وهذا هو رأي الأئمة الثلاثة. ونسب لأبي يوسف ومحمد، وصحح كل من القولين، فيختار القاضي ما هو أوفق للحادثة التي يريد الحكم فيها. وبيع الهازل وهو الذي يقصد العقد مختارًا، ولا يقصد حكمه فيه خلاف.

- قال بعضهم: فاسد فيفسد الملك بالقبض لأنه صادر من أهله وارد على محله القابل له، إلا أنه لخلوه عن القصد كان فاسدًا.

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٥٠.

بأصل العقد ركنه والشروط الواردة على الركن، مما يتعلق بالتوافق بين الإيجاب والقبول وورودهما في مجلس واحد وكون العاقد مميزًا ومتعددًا فضلًا عما يتعلق بالمحل من شروط سبق ذكرها.

أما الوصف الغير المشروع فيتعلق بعيوب الرضا والشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية والربا والغرر وإيجاب التسليم للضرر.

وبهذا فالخلل في العقد الباطل وارد في مقومات العقد وأسسه التي يقوم عليها انعقاده مما يرجع إلى الصيغة أو العاقدين أو المحل. من ذلك بيع الميتة والدم وكل ما ليس بمال كالإنسان الحر أو بعض أجزائه أو جثته بعد وفاته أو شيء منها أيضًا، وكذا بيع الخمر من المسلم؛ لأنها ليست مالًا في حقه. ومن العقد الباطل نكاح إحدى المحرمات أو النكاح المؤقت بوقت معين. ومنه كذلك استئجار نائحة أو مغنية، لعدم التقوم في الاعتبار الشرعي.

أحكام العقد الباطل:

العقد الباطل ليس له وجود شرعي، فلا يوجد الالتزام المتفق عليه بين طرفي التعاقد؛ وذلك « لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعًا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة ».

وإجمال أحكام العقد الباطل فيما يلي:

١ - لا تترتب عليه الأحكام الشرعية للعقد، ولذا لا يملك أي من الطرفين المطالبة بجبر الطرف الآخر على تنفيذ هذه الأحكام، ولمن نفذ منهم شيئًا من هذه الأحكام برضاه أن يطالب الآخر برد الأمر إلى ما كان عليه، سواء كان يعلم بالبطلان عند التنفيذ أو لم يكن يعلم.

وعلى سبيل التوضيح؛ فإن من يبيع إلى مجنون أو صبي لا يعقل شيئًا، ويسلم المبيع إلى المشتري، يكون له الحق في المطالبة برده حتى لو باع المشتري الشيء المبيع بعد تسلمه من بائعه إلى طرف آخر.

وقد يؤدي الحكم باسترداد المبيع بعد التصرف فيه ونقله لطرف ثالث إلى الإضرار بهذا الطرف، ولذا يسقط حق استرداد المبيع في العقد الباطل عند المالكية بخروجه إلى يد الغير بتصرف صحيح.

٢ - الإجازة لا تلحق العقد الباطل؛ لأنه ليس له وجود شرعي، والخلل وارد في أصله الذي يقدم عليه لا في وصف ينفك عنه.

٣ - لكل صاحب مصلحة التمسك ببطلان هذا العقد ولا يقتصر الحق في المطالبة بذلك على العاقدين. ولذلك فإن للدائن والولي إثبات بطلان العقد الصادر من غير المميز أو المجنون.

٤ - انتقال الضمان من البائع إلى المشتري في العقد الباطل إذا هلك المبيع في يد المشتري؛ لأن البائع ما رضي بتسليمه إليه على غير وجه الضمان فيضمنه، بخلاف ما لو سلمه إلى آخر على سبيل الأمانة فإنه لا يضمن إلا بالتعدي. وهذا هو الراجح في مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة. وفي المذهب الحنفي رأي آخر: وهو أن العقد الباطل لا يوجب الضمان إذا اقترن به القبض إلا إذا تعدى فيه الطرف الآخر. ولا يضمن المشتري أصل المبيع فحسب، بل يضمن نماءه المتصل والمنفصل لذلك.

٥ - الدخول في عقد الزواج الباطل سبب لدرء الحد ووجوب المهر وثبوت النسب ووجوب العدة.

تجزئة البطلان:

إذا تعددت أجزاء العقد ولحق البطلانُ بعضَ هذه الأجزاء ولم يلحق البعض الآخر، أو حكم بوقف العقد في بعض هذه الأجزاء، فهل يقتصر البطلان والوقف على الجزء الذي قام به سبب البطلان أو الوقف أم يتصف العقد جميعه بالبطلان والوقف؟

هذه هي فكرة انتقاص العقد في الفقه المدني المعروفة لدى الفقهاء المسلمين. ويمكن القول بوجود اتجاهات متعددة لهؤلاء الفقهاء في الموقف من تجزئة البطلان، وأجمل **هذه الاتجاهات فيما يلي:**

الاتجاه الأول: الحكم ببطلان العقد إذا كان صفقة واحدة ولحق البطلان بعض أجزائه دون بعضه الآخر. وهذا هو رأي أبي حنيفة وزفر، وهو الراجح في المذهب المالكي والحنبلي. ويتمسك أصحاب هذا الاتجاه بالبطلان الكلي للعقد، حتى لا تتفرق الصفقة على العاقدين. وهما ما رضيا بها إلا كتلة واحدة، فالفصل بين أجزائها إلزام لهما بما لم يرضيا به ولم يتفقا عليه. ويشير بعض أصحاب هذا الاتجاه إلى قاعدة « أنه إذا اجتمع الحرام والحلال فالغلبة للحرام » في استدلالهم على الحكم بالبطلان الكلي.

وتفريعًا عليه لو جمع في بيعه بين شاة ذكية (مذبوحة) وميتة بطل البيع فيهما؛ لأن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ويشير أصحاب هذا الاتجاه إلى تعذر معرفة جزء الثمن الخاص بالجزء الصحيح من الصفقة، فلزم بطلان الصفقة كلها. يذكر

ابن قدامة: أنه لو باع فرسًا وما في بطن فرس أخرى بألف فهذا البيع باطلٌ بلا خلاف بعلمه؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن. فيبطل البيع في الصفقة كلها.

ويقضي **الاتجاه الثاني** بتجزئة البطلان. جاء في القوانين الفقهية: « إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك... قيل: يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن. ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته ». ويعبر الشيرازي الشافعي عن هذا الاتجاه أيضًا بقوله: « إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، أحدهما: تفرّق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز؛ لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقيا على حكمها، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز ».

الاتجاه الثالث: جواز العقد ونفاذه في الجزء الصحيح الذي لم يلحقه البطلان أو الوقف بقسطه من الثمن. فإن لم يعلم ما يقابل الجزء الصحيح والجزء الباطل من الثمن بطل العقد كله. فلو باع فرسًا وحَمْلَ فرسٍ أخرى بألف، مع الاتفاق على أن ثمن الفرس ثمانمائة والحمل بمائتين صح البيع للفرس، وبطل فيما يتعلق بالحمل، ولم يلزم المشتري سوى الثمانمائة. ومن الواضح أن الصفقة تتعدد إذا انفصل كل جزء بقسطه، وقد رضي المتعاقدان في كل جزء بما يقابله من العوض فإذا فسد عقد أحدهما لم يمنع فساده صحة ما لم يرد عليه البطلان. وهذا هو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي، ورأي عند المالكية والشافعية والحنابلة.

وقد أخذ القانون الأردني بمذهب الصاحبين في ذلك، فجاءت (المادة ١٦٩) منه بالنص على أنه:

١ - « إذا كان العقد في شقٍّ منه باطلًا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصةُ كلِّ شق معينةً فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحًا في الباقي.

٢ - وإذا كان العقد في شق منه موقوفًا توقف في الموقوف على الإجازة، فإن أجيز نفذ العقد كله. وإن لم يجز بطل في هذا الشق بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته ».

تحول العقد:

لا يقضي ببطلان العقد إذا توافرت فيه أركان عقد آخر أو ظهر أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إنشاء هذا العقد الآخر.

وفي رأي السنهوري أنه « قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذي بسطناه في الفقه الجرماني، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول »، ومع ذلك فإن كولسون يشير في مقارنته لمفهوم الحوالة Assingnment في مفهومها الإسلامي بمفهومها الغربي إلى أن الفقه الإسلامي قد اعتمد على فكرة تحول العقد لتحقيق الاستجابة للظروف العملية المختلفة. والمثال الذي يذكره: أن الفقهاء يشترطون في عقد الحوالة أن يكون المحيل مدينًا للمحال، فإذا أحال محمّد عليًّا إلى بكر بعشرة آلاف، ولم يكن محمد مدينًا لعلي بهذا المبلغ، فإن الحوالة لا تصح، ويكون عليٌّ مجردَ وكيل لمحمد في تحصيل دينه الذي له عند بكر. وهذا المثال الذي ينقله كولسون عن المغني لابن قدامة (٤/ ٥٢٤) يفيد أن الفقهاء يدركون مفهوم تحول العقد بشروطه المعروفة في الفقه الألماني؛ حيث إن العقد الذي تفيده عبارة المتعاقدين لا تتوافر شروطه، ولن يمكن الحكم بصحته. ومن جهة أخرى فإن هذا التصرف الباطل ينطوي على عناصر عقد الوكالة الذي يتحول إليه. وكذلك فإن أحكام عقد الوكالة هي التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين، ولا يكون القاضي قد أجبرهم على شيء لا يريدونه لو أمضى عليهم هذا العقد الآخر، وهو الوكالة في هذا المثال.

ومن تطبيقات تحول العقد « بيع الوفاء » وتخريج الفقهاء لهذا البيع على أنه رهن. وصورته: أن يبيع شخص سلعة له على أن يحتفظ بها البائع ولا يتصرف فيها، وعلى أن يستعيدها البائع إن وفَّى للمشتري بالثمن. ومن الواضح أن الفقهاء الذين اعتبروا هذه المعاملة رهنًا قد حكموا ببطلان كونها بيعًا، ورأوا إمكان تصحيح تصرف المتعاملين بحملها على الرهن. وتنطبق في هذا المثال الشروط التي وضعها الفقه الألماني لفكرة تحول العقد، وهي بطلان العقد الأصلي، وتوافر عناصر العقد الآخر الذي يتحول إليه، واحتمال انصراف إرادة العاقدين إلى التصرف الآخر.

ومن هذا القبيل أنه إذا كفله في دين بشرط براءته كان هذا حوالة، ولو قبل حوالة بشرط عدم براءة المدين كان هذا التعامل كفالة. والهبة بشرط العوض بيع فتجرى فيها الشفعة، والإعارة مدة معلومة بأجر معلوم إجارة، والوصاية حال حياة الموصى وكالة، والوكالة بعد الموت وصاية.

ويتأكد إعمال الفقهاء لفكرة تحول العقد وإدراكهم لها بوضوح من قاعدة « العبرة في العقود للقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني ». ويلاحظ كذلك اتجاه الفقهاء إلى حمل تصرف الناس على الصحة ما أمكن.

ثانيًا: العقد الفاسد:

تعريفه: تقدم تعريف العقد الفاسد عند الأحناف بأنه ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، أي أنه صدر ممن هو أهل لإنشائه بصيغة سلمت من الخلل والمحل قابل لحكم العقد، غير أنه قد اتصل به وصف ينهى الشارع عنه. وأسباب الفساد التي سبقت الإشارة إليها كثيرة، من بينها الغرر والربا واقتران أيٍّ من عقود المعاوضات المالية بشرط فاسد والإكراه عند الإمام وصاحبيه خلافًا لزفر، فإن العقد يكون موقوفًا بالإكراه والضرر في تسليم المعقود عليه.

وإنما انفرد الأحناف والزيدية بابتداع فكرة العقد الفاسد للتفرقة بينه وبين العقد الباطل، من حيث إن الخلل في العقد الفاسد لم يرد على أصل من الأصول التي يقوم عليها العقد (الصيغة - العاقد - المحل) وإنما تعلق بوصف خارج عن هذه الأصول التي يبطل العقد بورود الخلل فيها. وقد أراد المذهب الحنفي بهذا التمييز بين ما عده أصلًا في العقد وبين ما عده وصفًا اعتبار الخلل في الثاني أضعف أثرًا من الخلل في الأول.

وستتضح طبيعة هذا العقد من معرفة أحكامه[١].

***

(مادة ٣١٤): العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[٢].

العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع، والإجارة، والإعارة. واللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره. يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.

ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ.

مثال ذلك: بيع الوفاء، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك؛ لأنه لم يكن مقصودًا من الطرفين، بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين، ولذلك

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، ص: ١٥٧ - ١٦٣.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وقال بعضهم: إن بيع الهازل باطل لعدم وجود القصد فيكون حكمه حكم عقد المجنون، والأصل في ذلك أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للحروف والمباني.

لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن، فيجري فيه حكم الرهن لا حكم البيع. فبناء على ما تقدم يحق للبائع بيعًا وفائيًّا أن يعيد الثمن ويسترد المبيع كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن، ولو كان العقد بيعًا حقيقيًّا لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على إقالة البيع.

مثال ثانٍ: لو اشترى شخص من (بقال) رطل سكر وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحقَّ له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث: لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه، فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة، وتجري فيه أحكام البيع. فإذا كان المبيع عقارًا تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع.

مثال رابع: لو قال شخص لآخر: قد أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى مكان كذا بخمسين قرشًا، فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة، رغم استعمال كلمة الإعارة في العقد؛ لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس: لو قال شخص لآخر: قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين. فالعقد هنا لا يكون عقد حوالة؛ لأن الحوالة هي نقل ذمة إلى ذمة أخرى، وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة، والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى، فأصبح المحال عليه كفيلًا بالدين والمدين أصيلًا.

مثال سادس: لو أعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات، وقال له: قد أعرتك إياها فيكون قد أقرضها له، ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار، بل له حق الانتفاع به بدون استهلاك العين.

وهكذا فإن مفاد هذه القاعدة أنه يتحتم على القاضي أن يبحث عن نية المتعاقدين بالرجوع إلى ألفاظها المستخدمة في التعاقد وإعمالها إن كانت واضحة ظاهرة في الدلالة على هذه النية. أما إن كانت غير واضحة في دلالتها على هذه النية، فإن على القاضي ألا يقف عند هذه النصوص لا يتجاوزها وإنما يجب عليه أن يعمل على معرفة نوايا المتعاقدين ويحكم بإعمالها. ولا تفيد هذه القاعدة إهمال الألفاظ إن كانت واضحة في الدلالة على قصود المتعاقدين ونياتهم؛ لأن عمل هذه القاعدة يختص بأحوال التعارض بين الإرادة الباطنة

والظاهرة، لا عند التطابق بينهما، حيث يجب إعمال الألفاظ عندئذ.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الهبة بشرط الثواب بيع، كأن يقول له: أهبك هذه السيارة هدية مني بعشرين ألف فقط، وتجري أحكام البيع في مثل هذه المعاملة. وكذا فإن الكفالة بشرط براءة المكفول عنه من الدَّين حوالة للدين ونقل له إلى ذمة الكفيل، وتجري عليه أحكام الحوالة[1].

على أن لهذه القاعدة مستثنياتٍ، وهي: لو باع شخص شيئًا لآخر مع نفي الثمن بقوله: قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلًا، ولا يعتبر العقد هبة، كذلك لو آجر شخص آخر فرسًا بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية؛ لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض، والعارية تفيد عدم العوض، وبما أن بين معنى اللفظين تضادًّا فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة.

وقال بعضهم: إن بيع الهازل باطل لعدم وجود القصد فيكون حكمه حكم عقد المجنون، والأصل في ذلك: أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للحروف والمباني.

***

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ٢١٧.

البَابُ الثَّاني



في العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به وفي العقود التي يصح إضافتها إلى المستقبل والتي لا يصح

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في ماهية الشرط والتعليق

(مادة ٣١٥): الشرط[1] هو التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصة. والتعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط[2].

الشرط بسكون الراء له عدد من المعاني، ومن بين تلك المعاني: إلزام الشيء والتزامه.

قال في القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة.

وأما بفتح الراء فمعناه: العلامة، ويجمع على أشراط؛ كسبب وأسباب.

والشرط في الاصطلاح نوعان: **الأول**: الشرط الشرعي، وهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. وهو أنواع: شرط للوجوب، وشرط للانعقاد، وشرط للصحة، وشرط للزوم، وشرط للنفاذ. إلى غير ذلك من الشروط الشرعية المعتبرة.

والنوع الآخر: الشرط الجعلي، وهو: التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصفة مخصوصة

---

(١) الذي في تعريفات السيد: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجًا عن ماهيته ولا يكون مؤثرًا في وجوده.
وقيل: الشرط ما يتوقف وجود الحكم عليه... وفي الشريعة عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودًا عند وجوده لا وجوبًا. اهـ.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: اعلم أن ماهية كل شيء هي عبارة عن حقيقته ومعناه الذي يدل عليه لفظه.
وسميت الحقيقة ماهية؛ لأنه يسأل عنها بلفظ: ما هي حقيقة كذا.
والشرط: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كقول شخص لآخر: بعتك بيتي بخمسمائة جنيه بشرط أن أسكنه سنة مثلًا. فطالب الشرط هو الملزم والمطلوب منه القيام به هو الملتزم.
وهذا التعريف أسهل من تعريف بعضهم له بأنه التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصة. فإن فيه ركاكة وإبهامًا مع أن التعريف يجب أن يكون أظهر من المعرف. وبالتأمل يرى أن فهم معنى الشرط أسهل من هذا التعريف.
والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. وهذا التعريف أيضًا أسهل من قول بعضهم: التعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة شرط.
وإضافة العقد عبارة عن جعل سببه مفضيًا إلى حكمه وقت الزمن المضاف إليه العقد.

كما قال الحموي، وهو ما يشترطه المتعاقدان في تصرفاتهما.

والتعليق في اللغة: مصدر علَّق، يقال: علق الشيء بالشيء، ومنه، وعليه تعليقًا: ناطه به.

والتعليق في الاصطلاح: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.

ويسمى يمينًا مجازًا؛ لأنه في الحقيقة شرط وجزاء، لما فيه من معنى السببية كاليمين.

صيغة التعليق: يكون التعليق بكل ما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، سواء أكان ذلك الربط بأداة من أدوات الشرط، أم بغيرها مما يقوم مقامها ، كما لو دل سياق الكلام على الارتباط دلالة كلمة الشرط عليه.

ومثال الربط بين جملتي التعليق بأداة من أدوات الشرط: قول الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فقد رتب وقوع الطلاق على دخولها الدار، فإن دخلت وقع الطلاق، وإلا فلا.

ومثال الربط بين جملتي التعليق بلا أداة شرط: هو قول القائل مثلًا: الربح الذي سيعود إليَّ من تجارتي هذا العام وقف على الفقراء، فقد رتب حصول الوقف على حصول الربح بلا أداة شرط؛ لأن مثل هذا الأسلوب يقوم مقام أداة الشرط. والمراد بالشرط الذي تستعمل فيه أداته للربط بين جملتي التعليق: الشرط اللغوي؛ لأن ارتباط الجملتين الناشئ عنه كارتباط المسبب بالسبب.

أدوات التعليق: المراد بها: كل أداة تدل على ربط حصول مضمون بحصول مضمون جملة أخرى، سواء أكانت من أدوات الشرط الجازمة أم من غيرها. وتلك الأدوات كما جاء في المغني عند الكلام على تعليق الطلاق بالشرط: (إن) (وإذا) (ومتى) (ومن) (وأي) و(كلما). وزاد النووي في الروضة: (متى ما) (ومهما). وزاد صاحب مسلَّم الثبوت: (لو) (وكيف). وزاد السرخسي في أصوله والبزدوي في أصوله وصاحب فتح الغفار وصاحب كشاف القناع: (حيث)، وذكر صاحب فتح الغفار وصاحب كشاف القناع أيضًا: أن (أين) من صيغ التعليق. وزاد صاحب كشاف القناع أيضًا: (أنى) ولم يفرق بينها وبين (إن).

والفرق بين التعليق والشرط كما قال الزركشي: أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته كـ (إن وإذا)، والشرط ما جزم فيه بالأصل وشُرِط فيه أمرٌ آخر.

وقال الحموي: الفرق أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بـ (إن) أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة[1].

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: ١٢/ ٢٩٨ - ٣٠١ .

(مادة ٣١٦): العقد المنجز ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل. وهذا يقع حكمه في الحال.

من أنواع العقود العقد المطلق الذي لم يقترن بشرط، ولم يعلق على حصول شيء، ولم يضف حكمه إلى زمن مستقبل.

فالعقد المطلق هو: ما حصل غير مقيد بشيء من الثلاثة المذكورة فإذا وقع هذا العقد مستوفيًا شرائطه ترتب عليه حكمه في الحال، فإذا قال إنسان لآخر: بعت لك كتابي هذا بعشرين قرشًا مثلًا، وقبل المشتري ثبت ملكه للكتاب، وملك الثمن للبائع بمجرد حصول الإيجاب والقبول. وذلك سواء حصل التقابض بينهما أم لا. وهذا باتفاق الفقهاء إلا أن الحنفية والشافعية صرحوا بأن الملك وإن كان ينتقل في البيع بمجرد العقد لكن لا يستقر إلا بالقبض كالصداق في عقد النكاح[1].

***

(مادة ٣١٧): العقد المعلق هو ما كان معلقًا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة.

والمعلق يتأخر انعقاده سببًا إلى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه[2].

العقد المعلق هو: ما كان مترتبًا وقوعه على حصول أمر غير موجود، أو على وجود حادثة مستقبلة. وجملة التعليق وإن حصلت الآن لكنها لا تنعقد سببًا مؤديًا إلى حكم العقد الذي حصل فيه التعليق إلا بعد وجود المعلق عليه، وهو فعل الشرط، كما هو الشأن في كل كلام حصل فيه تعليق. فإذا قال إبراهيم لعلي: إن اشتريت بيتًا بجهة العباسية مثلًا فقد وكلتك في بيع بيتي الذي هو في شارع محمد علي؛ فهذه العبارة تفيد تأخير انعقاد العقد سببًا في حصول التوكيل إلى وجود المعلق عليه وهو شراء بيت بالعباسية في المثال المتقدم؛ لأن المتكلم لا يريد إلا ذلك. ومتى وجد المعلق عليه ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه إذا كان من العقود التي يصح فيها التعليق كما مثّلنا. وأما إذا كان من العقود التي لا يصح تعليقها فيكون باطلًا، ولا عبرة بوجود المعلق عليه إذا كان غير محقق.

***

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص : ٣٤٣، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص : ٢٨٢، والقواعد لابن رجب، ص: ٧٤ - ٧٦.

(٢) يستفاد حكم المعلق و المضاف الآتي من كتاب الأيمان من الأشباه للحموي، ص : ٣٧٣، مطبعة إسطانبول.

(مادة ٣١٨): يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر الوجود، لا محققًا، ولا مستحيلًا [1].

يشترط لصحة التعليق أمور:

الأول: أن يكون المعلق عليه أمرًا معدومًا على خطر الوجود، أي مترددًا بين أن يكون وأن لا يكون، فالتعليق على المحقق تنجيز، وعلى المستحيل لغو.

الثاني: أن يكون المعلق عليه أمرًا يرجى الوقوف على وجوده؛ فتعليق التصرف على أمر غير معلوم لا يصح، فلو علق الطلاق مثلًا على مشيئة اللّٰه تعالى، بأن قال لامرأته: أنت طالق إن شاء اللّٰه، فإن الطلاق لا يقع اتفاقًا؛ لأنه علقه على شيء لا يرجى الوقوف على وجوده.

الثالث: أن لا يوجد فاصل بين الشرط والجزاء، أي بين المعلق والمعلق عليه، فلو قال لزوجته: أنت طالق، ثم قال بعد فترة من الزمن: إن خرجت من الدار دون إذن مني لم يكن تعليقًا للطلاق، ويكون الطلاق منجزًا بالجملة الأولى.

الرابع: أن يكون المعلق عليه أمرًا مستقبلًا، بخلاف الماضي فإنه لا مدخل له في التعليق، فالإقرار مثلًا لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأنه إخبار عن ماضٍ، والشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة.

الخامس: أن لا يقصد بالتعليق المجازاة، فلو سَبَّته بما يؤذيه فقال: إن كنتُ كما قلتِ فأنت طالق، تنجز سواء أكان الزوج كما قالت أم لم يكن؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق.

فإن أراد التعليق يدين به فيما بينه وبين اللّٰه ﷻ، لا في أحكام القضاء.

---

(١) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: يلزم لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط وهو المعلق عليه غير موجود، ولكنه يمكن وجوده. فإن لم يكن كذلك بأن كان محققًا أو مستحيلًا وجوده فلا يكون التعليق صحيحًا، بل يكون منجزًا إذا كان المعلق عليه موجودًا وقت صدور التعليق. ويكون باطلًا في المستحيل؛ فإذا قال إنسان لغيره وهو معه في بيته: إن كنت جالسًا في بيتي هذا فقد بعته منك بألف جنيه مثلًا تم البيع متى كان مستوفيًا جميع شروطه، ولم يكن هازلًا غير قاصد البيع. ويلزم أن يكون المعلق عليه من الأشياء التي تقبل الامتداد كالجلوس واللبس والسباحة.

فإذا كان لا يقبل الامتداد كالدخول والخروج فلا يكون منجزًا، بل يكون معلقًا على دخول آخر؛ لأن الدخول قد حصل قبل التكلم وهو لا يقبل الامتداد؛ إذ هو عبارة عن الانفصال من الخارج، وهو يتم بمجرد الاستقرار في البيت؛ ولهذا لا يحسن أن يقال: دخلت البيت شهرًا، بل يقال: أقمت فيه شهرًا بخلاف الأفعال التي تقبل الامتداد، فإنه يقال مثلًا: سبحت في البحر يومًا ولبست الثوب أسبوعًا فجعل بقاؤها حكم ابتدائها.

وإن قال شخص لآخر: إن شاب الغراب فقد وهبت لك بيتي كان ذلك باطلًا غير معتبر؛ لاستحالة وجود المعلق عليه، وهو فعل الشرط.

السادس: أن يوجد رابط كـ (الفاء وإذا) حيث كان الجزاء مؤخرًا، وإلا يتنجز.

السابع: أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكًا للتنجيز، أي قادرًا على التنجيز بمعنى كون الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا، وهذا الشرط فيه خلاف، فالحنفية والمالكية لا يشترطون ذلك في تعليق الطلاق، بل يكتفون فيه بمطلق الملك، سواء أكان محققًا أم معلقًا، حتى إن المالكية لم يفرقوا في هذا بين التعليق الصريح فيما لو قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، وبين التعليق الذي لم يصرح به، كما لو قال لأجنبية: هي طالق، ونوى عند تزوجه بها، فإن الطلاق يقع في الصورتين[١].

(مادة ٣١٩): العقد المعلق على أمر محقق ينجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه، والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر[٢].

يلزم لمتابعة موضوع الشروط المقترنة بالعقد التفريق بين كلٍّ من الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة بتفصيل أنواعهما على النحو التالي:

١ - **الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه:** إذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر، كشرط تسليم المبيع أو الثمن والرد بالعيب أو حبس المبيع حتى يقبض الثمن. وكذا لو ورد الشرط على ما يلائم مقتضى العقد كاشتراط المقرض رهنًا بالقرض أو كفيلًا به أو أن يحيله بقيمته على غيره فإن هذا الاشتراط يصح باتفاق المذاهب.

٢ - **الشرط الذي يجرى به التعامل:** يجيز الأحناف والمالكية والحنابلة الشروط التي تتضمن منفعة لأحد طرفي التعاقد وقد جرى بها عرف التعامل. والقاعدة الفقهية: أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص. وإنما حكم بتصحيح الشروط الموافقة لمقتضى التعامل؛ لأن في الخروج عن العرف حرجًا ومشقةً. ولذا يصح فيما ذكره الفقهاء أن « يشتري ثوبًا أو خفًّا خَلِقًا على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه ».

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: ١٢/ ٣١٠، ٣١١.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: العقد المقترن بالشرط هو: ما حصل منجزًا وألزم أحد المتعاقدين صاحبه بأن يقوم به زيادة على البدل. وحكم هذا العقد يختلف باختلاف نوعه ونوع شرطه؛ فإن كان العقد من العقود التي لا يؤثر فيها الشرط كالزواج ثبت حكمه في الحال، وإن كان من العقود التي يؤثر فيها فإما أن يكون الشرط صحيحا أو لاغيا أو فاسدًا ففي الأول والثاني يترتب على حصول العقد حكمه عقب الإيجاب والقبول متى حصل مستوفيًا جميع شرائطه، وفي الثالث يفسد العقد ولا يترتب عليه حكمه ولكنه يفيد الملك بالقبض كالبيع مثلا.

ومن أمثلة ذلك: أن يتفق العاقدان في إجارة على قيام المالك بدفع ثمن استهلاك المياه أو بالمسؤولية عن الحديقة أو بإعادة الطلاء كل فترة معينة. ومنه الاتفاق على ضمان السلع المبيعة الدقيقة الصنع من أعطال معينة فترة يتفق عليها المتعاقدان.

٣ - الشرط الذي لا يناقض مقتضى العقد ولا أصلًا من أصول الشريعة: شرط صحيح عند المالكية والحنابلة وفيما عبر عنه ابن تيمية وابن القيم. وتفريعًا على هذا يصح فيما نص عليه الحنابلة « البيع بشرط انتفاع البائع بالمبيع نفعًا معلومًا... والشرط لازم؛ فلو باع الدار بشرط سكناه (البائع) بها شهرًا، أو البعير بشرط ركوبه إلى محل معين صح وثبت له حق الانتفاع المعين، وله استيفاؤه بنفسه وبغيره بالإجارة والإعارة ». ومن هذا القبيل ما لو « اشترى شيئًا على أن يحمله البائع إلى محل معين، أو اشترى الثوب على أن يخيطه له جُبَّة، أو اشترى التمر على النخل أو الزرع على أن يكون الجذاذ والحصاد على البائع صح ووجب الوفاء بالشرط. حتى لو مات البائع قبل الوفاء أو تلف المبيع قبله لزمه عوضه ». أما الشافعية فلا يعتبرون مجرد جريان العرف بالتعامل أو بالشرط سببًا لتصحيحه.

ويبدو لي أن تصحيح الأحناف الشروط التي جرى بها التعامل قد يسرت لهم الاقتراب من مذهب الحنابلة والمالكية في تصحيح الشروط التي لا تناقض أصلًا شرعيًا، وذلك على الرغم من اختلاف الفريقين في أساس النظر إلى الشروط، حيث يذهب الحنابلة إلى أن الأصل فيها هو الحل ما لم تناقض أصلًا شرعيًا، على حين يذهب الأحناف إلى أن الأصل هو الحظر ما لم يرد دليل الحل.

٤ - بطلان الشرط والعقد: يحكم الفقهاء ببطلان الشرط إذا عارض مقتضى العقد، كالبيع مع اشتراط عدم تسليم المبيع. ويحكم الفقهاء ببطلان الشرط كذلك لو لم يلائم العقد ولا جرى به التعامل أو تناقض مع أصل من الأصول الشرعية، كالاتفاق على القرض بربا، فإن هذا الشرط يبطل، ويلغو معه العقد. وإنما يؤدي الشرط الفاسد إلى فساد العقد ذاته، إذا كان هذا العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والقسمة والصلح على مال.

٥ - الشروط الباطلة وحدها مع بقاء العقد صحيحًا: يبطل الشرط المقترن بالعقد إذا صادم أصلًا شرعيًا أو تناقض مع مقتضى العقد ولم يكن ملائمًا له ولم يجر به التعامل. ومعنى بطلان الشرط أنه غير ملزم. ولا يؤدي بطلان الشرط إلى بطلان العقد المقترن به إذا لم يكن العقد من عقود المعاوضات المالية. بأن كان من التبرعات كالهبة والقرض والوصية، أو من التوثقات كالرهن والكفالة والحوالة أو من العقود غير المالية كالنكاح والخلع.

وإنما لم تفسد هذه الشروط الباطلة العقود المقترنة بها، للفصل بينهما في قصد المتكلم وتوجه إرادته. ولذا لو اشترط في عقد زواجه ألا مهر لها أو ألا نفقة لها فإن الشرط يفسد ويبقى العقد صحيحًا. لأن هذا الاشتراط لم يكن هو الذي دفعه إلى التعاقد[١].

***

● (مادة ٣٢٠): العقد المضاف هو ما كان مضافًا إلى وقت مستقبل. والمضاف ينعقد سببًا في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه.

العقد المضاف هو: ما كان مضافًا إلى زمن مستقبل، وهو ينعقد سببًا لحكمه في الحال، ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى مجيء الزمن المضاف إليه؛ لأن ذلك الذي يفهم صريحًا من الإضافة. فإذا قال زيد لعمرو: أجَّرت لك بيتي شهر رمضان سنة (١٤٣٠هـ) مثلًا تحقق عقد الإجارة في الحال، ولكن لا يترتب حكم العقد عليه، وهو ملك حق الانتفاع، إلا عند مجيء رمضان المضاف إليه العقد.

***

● (مادة ٣٢١): الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر؛ فيصح اقتران العقد به. وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع[٢].

ذهب الحنفية وهم الذين يفرقون بين الفساد والبطلان إلى أن الشرط التقييدي ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل. وذهب غيرهم من الفقهاء وهم الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان ويقولون: إنهما واحد إلى أنه قسمان: صحيح وباطل أو صحيح وفاسد.

النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بمحل التصرف وقت صدوره وهذا النوع متفق على جوازه عند الفقهاء، فإن فات هذا الشرط يكون للمشتري الخيار لفوات وصف مرغوب فيه كاشتراط كون البقرة المشتراة حلوبًا.

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ١٤٥ - ١٤٨.

(٢) قال الشيخ الإبياني: الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام: صحيح مفيد، وفاسد، ولاغ.

فالصحيح: ما كان من مقتضيات العقد كشرط نقد الثمن أو ليس من مقتضياته، ولكن يلائمه ويؤكد موجبه كشرط أخذ كفيل بالثمن إذا استحق المبيع مثلًا، أو لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به، وذلك مثل الشروط التي تؤخذ على أرباب الصنائع، كما إذا تعاقد شخص مع غيره ليصنع له بذلة مثلًا، واشترط عليه أن تكون بصفة مخصوصة فإنه جائز؛ لأن العرف قد جرى بذلك أو لا يقتضيه العرف، ولكن ورد الشرع بجوازه، وذلك كشرط الخيار في البيع، فهذه كلها من أنواع الشرط الصحيح، ومفيدة شرعًا، ومن التزم بها يجب عليه الوفاء بما تعهد به.

النوع الثاني: اشتراط ما يقتضيه العقد وجوازه أيضًا محل اتفاق عند الفقهاء؛ لأنه بمثابة تأكيد العقد، ومن أمثلته ما لو اشترط في الشراء التسليم إلى المشتري فإن البيع يصح؛ لأن هذا الشرط من مقتضيات العقد، ومنها أيضا اشتراط الرد بالعيب ورد العوض، فإنها أمور لازمة لا تنافي العقد، بل هي من مقتضياته.

النوع الثالث: اشتراط ما يلائم مقتضى العقد وهذه عبارة الحنفية.

قال صاحب البدائع: فهذا لا يقتضيه العقد ولكنه يلائم مقتضاه فهو لا يفسد العقد وإنما هو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد.

وعبارة المالكية: اشتراط ما يلائم مقتضى العقد ولا ينافيه.

وعبارة الشافعية والحنابلة: اشتراط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكنه يلائمه ومحقق مصلحة للعاقد، ومثاله: ما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنًا أو كفيلًا والرهن معلوم والكفيل حاضر جاز ذلك استحسانًا عند الحنفية وهو جائز أيضًا عند المالكية والشافعية والحنابلة.

النوع الرابع: اشتراط ما ورد في الشرع دليلٌ بجوازه.

النوع الخامس: اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس وقد ذكر هذا النوع متأخرو الحنفية، وهو مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل.

ومثاله: إذا اشترى نعلًا على أن يحذوها البائع أو جرابًا على أن يخرزه له خفًّا فإن هذا الشرط جائز؛ لأن الناس تعاملوا به في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بعدم الجواز بتعامل الناس.

النوع السادس: اشتراط البائع نفعًا مباحًا معلومًا، وهذا عند الحنابلة، ومن أمثلته: ما لو باع دارًا واشترط على المشتري أن يسكنها شهرًا[1].

ويرتبط النظر إلى الشروط المقترنة بالعقود توسعةً أو تضييقًا بالنظر إلى مدى حرية التعاقد المسموح بها في إنشاء العقود. وفي اعتقادي أن الفقه الإسلامي قد شهد تطوراتٍ واضحة في الاعتراف بهذه الحرية على النحو الذي يدل عليه ما أضافه متأخرو الأحناف في قبولهم لما أسموه بالشروط التي جرى بها التعامل بين الناس. ونشوء المقارنة بين الفقه الإسلامي وتطور النظر القانوني الغربي في هذا الإطار بمدى الحرية التي نعم بها المتعاقدان في فلسفة

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية: ٢٦/ ١١ - ١٣.

الفقه الإسلامي. وأوضح ما قصدته من ذلك فيما يلي:

١ - من الثابت أن دور العقد في إنشاء الالتزامات دور ضئيل في المجتمعات البدائية وفي المجتمعات الحديثة التي كانت تدين بالنظام الاشتراكي وتفرض على الأفراد ما يوجبه هذا النظام من خطط وسياسات حتى تضيق المساحة المتروكة لإرادتهم في تنظيم حياتهم .. لكن المجتمعات الإسلامية التي قادت التجارة العالمية لفترة طويلة قد شهدت تعاظم دور العقد في إنشاء الالتزامات ولم تقم السلطات الحكومية بالتقييد على الأفراد في إنشاء العقود المختلفة.

٢ - يلاحظ مؤرخو القانون الإنجليزي أن دور العقد في إنشاء الالتزامات قد بدأ في التطور في هذا القانون ابتداءً من القرن السادس عشر، وذلك بفضل عاملين: أولهما: الأهمية التي اكتسبها آنذاك المبدأ الخلقي القاضي بوجوب وفاء المرء بتعهداته للآخرين، والثاني: الظروف الاقتصادية التي أوجبت تقسيم العمل، مما أدى إلى زيادة حركة التبادل وكثرة المعاملات والتعاقدات إلى الحد الذي دفع هذا المبدأ الخلقي إلى الوجوب القانوني.

٣ - حظي مبدأ سلطان الإرادة بالاعتراف والتقدير من جانب الفقهاء المسلمين لوضوح قاعدة: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ومدها إلى الوجوب القانوني منذ أول الأمر ونظرًا لكثرة المبادلات التي أوجبتها قيادة المجتمعات الإسلامية لحركة التجارة العالمية.

٤ - اعترف الفقهاء المسلمون للعقد بدور كبير في إنشاء الالتزامات في أنواع المعاملات والمبادلات التي تحدث بين الأفراد، دون فرض قيود على حريتهم في التعاقد. ولم يفرقوا في ذلك بين المتعاملين من التجار وغيرهم، ولا فرق عندهم في هذه الحرية بين المعاملات التي تتم داخل السوق أو التي تتم خارجه، كما أنه لا فرق عندهم بين أن يكون التعامل بالقرض أو البيع أو الصرف أو الإجارة أو غير ذلك من أنواع المعاملات التي نظم الفقهاء أحكام التعامل بها في المجتمعات الإسلامية.

٥ - هدف الفقهاء المسلمون من تنظيم أحكام التعاقد والتبادل فيما تدل عليه عباراتهم إلى تحقيق الأمور التالية:

أ - التعاون بين الأفراد؛ إذ لا يستطيع كلٌّ منهم أن يعيش بمعزل عن غيره كإنسان روبنسون كروزو أو حي بن يقظان فيما يعترف به الغزالي وابن خلدون. ولا يستطيع الفرد فيما نبه إليه الفقهاء أن يكتفي بعمله في الاستجابة لاحتياجاته المختلفة، ولذا وجب التعاون بين الأفراد عن طريق المبادلة والمعاوضة وسائر المعاملات الأخرى.

ب - تحقيق مصالح الأفراد والمتعاملين طبقًا لأهدافهم وخططهم الخاصة؛ ذلك أن كل فرد منا لا يدخل في مبادلة أو معاملة إلا إذا رآها تحقق مصلحة. وعلى سبيل التوضيح فإن البائع الذي يبيع منزلًا له يرى مصلحته في أخذ النقود، على حين يراها المشتري في الحصول على المنزل. ولا يرى الفقهاء أن هناك جهةً لها الحق في تقدير مصلحة الفرد المكتمل العقل في هذه الدنيا سواه. لذا فإنهم لا يجيزون لأحدٍ التصرفَ في ملك الغير إلا بإذن منه أو ولاية عليه.

ولعل في هذا ما يدل على أن الفقهاء قد أدركوا الأسس الشرعية والمنطقية التي يقوم عليها مبدأ حرية التعاقد فأطلقوا سلطان الإرادة في عقد العقود، ومنعوا أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه، وأوجبوا على الفرد الالتزام بما ألزم به نفسه في التعاقد، ما لم يخالف هذا الالتزام أصلًا من الأصول الشرعية بتحريم حلال أو بحل حرام.

حرية التعاقد في القوانين الغربية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر:

حظي مبدأ حرية التعاقد في الغرب في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بقدر كبير من التقديس، وكان ذلك في ظروف القبول العام لنظرية الحرية الاقتصادية التي دعا إليها آدم سميث، وساد النظر إلى حرية التعاقد وحرية التصرف في الملك باعتبارهما أهم مظاهر الحرية السياسية. وتعني حرية التعاقد على وجه العموم: أن لكل إنسان بالغ رشيد عاقل حريةَ إلزامِ نفسه بما يشاء من الالتزامات باتفاقه عليها مع غيره. ويصبح اتفاقه هذا ملزمًا متى استوفى العناصر الشكلية المتعلقة بالتعبير عن هذا الاتفاق، دون نظر إلى حقيقة رضاه بما اتفق عليه. ولذا فإن الذي يوقِّع على عقد من العقود المكتوبة دون أن يقرأ ما فيه أو يعرفه يصبح ملزمًا بجميع شروطه مهما كانت ظالمة أو ضارة. ويمكن القول بأن نهاية القرن الثامن عشر قد شهد تضخيم دور الاتفاق في القانون الإنجليزي على حساب عنصر الرضا والنظر في التقاء الإرادات Meeting Of Minds. وتقوم حرية التعاقد Freedom Of Contract في مفهومها التقليدي على عنصرين؛ أولهما: إعمال نية المتعاقدين Intention وقصدهما، ولا يرى القاضي في إجباره أحد العاقدين على تنفيذ التزامه سوى أنه يلزمه بما ألزم به نفسه من قبل.

والثاني: حرية الاختيار Freedom Of Choice، بمعنى حق الشخص في اختيار التزاماته في الإطار التنافسي العام للمجتمع. وتعني هذه الحرية من الناحية التطبيقية أنه لا يجبر أحد على التعاقد مع شخص لا يريده أو بشروط لا يقبلها.

وقد استمر نجم هذه النظرية في الصعود حتى الربع الأخير من القرن التاسع عشر؛ حيث بدأ يتسرب الشك في سلامة بنائها، بفضل عدة عوامل؛ من بينها:

١ - انتشار التعامل بالعقود النموذجية المكتوبة Suandard Form Contracts التي لا يمارس الأفراد عند التعاقد حريتهم في الاتفاق على شروطها، شرطًا شرطًا، ولا يترك لهم من حرية سوى الموافقة على العقد بشروطه كلها أو عدم الدخول فيه. من ذلك أنك إذا رغبت في السفر على إحدى البواخر فستعطيك الشركة الناقلة تذكرة مدونًا بها عدد من الشروط التي فرضتها هذه الشركة لمصلحتها هي!، وسواء قرأت هذه الشروط أو لم تقرأها فإنه يُفترض إطلاعك عليها ورضاؤك بها.

٢ - التفاوت الكبير بين أطراف التعاقد في القدرة على المساومة بفضل نمو الاحتكارات بين الكيانات الاقتصادية الضخمة. وأدى الوعي بهذا التفاوت إلى توجيه النقد لنظرية حرية التعاقد وإلى المناداة بوجوب التدخل التشريعي لحماية الطرف الأضعف في التعاقد. وصدرت بالفعل تشريعات عديدة تنظم حرية التعاقد وتفرض على المتعاقدين قواعد عامة يجب عليهم الالتزام بها في التعاقد، وأصبح القضاة مهيئين لقبول قيامهم بفرض التزامات معينة على إذا ما أطرأت بعض المتعاقدين، لإقامة العدل على وجهة، أو لفسخ العقد الأعذار التي لم تدر في خَلَدِ المتعاقدين عند التعاقد.

٣ - نمو الاتجاه إلى حماية المستهلك والعمل على إصدار التشريعات التي تحقق هذه الحماية. وعلى الرغم من اختيار الوسائل العقابية في كثير من هذه التشريعات لتحقيق هذا الهدف، فإن بعضها قد اتخذ أسلوب صياغة الالتزامات وفرضها على المتعاقدين لإعادة التوازن بين التزاماتهم ولحماية الطرف الأضعف منهم.

في الحكم ببطلان وقد يوضح هذا الأسلوب المنهجي ما أخذ به قانون اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن الضرر.

وقد تراكمت هذه التدخلات التشريعية في مجال قوانين العمل والإيجار والائتمان والنشاط المصرفي حتى باتت تهدد أساس الرضا بالالتزام في التعاقدات ومشروعية الإلزام بأحكامها. ولذا عبر كثير من القضاة والمحامين في إنجلترا عن قلقهم من مغبة السير في هذا الاتجاه.

عود على بدء:

آذان مجيء حزب المحافظين إلى الحكم في إنجلترا عام (١٩٧٦م)، وتغليب الاستجابة

للعوامل السابقة بانتصار جهود الداعين إلى حرية السوق، وتبع ذلك العمل على مراجعة كثير من الأحكام والمبادئ القانونية في ضوء هذه السياسة الجديدة. وقد أسفرت هذه المراجعة عن استعادة بعض الأرض التي كان مبدأ حرية التعاقد قد فقدها، وعن العودة إلى هذا النظام التنافسي الذي يتضمن مكافأة أصحاب الطاقات والكفاءات بقدر أكبر من المجازاة وتقديم عون أقل لغيرهم. ويرى أنصار هذه السياسة الجديدة أن حرية التعاقد أداة بالغة الأهمية لتحقيق كفاءة الأداء الاقتصادي، من جهة أن هذه الحرية هي التي تضمن إشباع احتياجات المستهلك وإنتاج ما يريده.

وفي رأي هؤلاء أن التدخل التشريعي لإسباغ الحماية على بعض أطراف التعاقد لا يحقق المقصود منه، وإنما يؤدي إلى عكس هذا المقصود. والمثال الموضح لرأيهم هذا أن قواعد تحديد الإيجارات قصد بها حماية مصالح المستأجرين، غير أن هذه القواعد قد صرفت القادرين على استثمار أموالهم في مجال البناء إلى استثمارها في مجالات أخرى ذات عائد أفضل، وهو الأمر الذي يؤدي إلى ازدياد حدة البطالة والإضرار بهؤلاء الذين أراد القانون العمل على إسعادهم.

ويجب الاعتراف بجاذبية مثل هذه الحجج من الوجهة المنطقية، ومع ذلك فإن التدخل التشريعي لتنظيم المصالح المشروعة لأطراف التعاقد ما يزال من الأمور المقبولة، بل الضرورية، في ظروف وجود هذه الشركات العملاقة متعددة الجنسيات التي تستطيع فرض شروطها في كثير من التعاملات التي لا غنى للجمهور عنها.

وقد يلخص الوضع الحالي لنظرية العقد في القانون الإنجليزي وما يماثله الإشارة إلى المحاولة المستمرة في هذا القانون للتوفق بين مقتضيات حرية التعاقد من جهة وبين ما توجبه المصلحة الاجتماعية من جهة أخرى. وقد انتصرت القوى الاجتماعية والاقتصادية في ميل الميزان لصالح حرية التعاقد أول الأمر، وما لبث تغليب المصلحة الاجتماعية أن ظهر على السطح، في ظروف التشبع بالنزعات الاشتراكية ثم صار الأمر إلى التشبث أخيرًا بحرية التعاقد.

وإذا كان هذا هو الحال السائد في الغرب، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو ما موقف الفقه الإسلامي من حرية التعاقد وسلطان الإرادة؟

في الفقه الإسلامي:

جاءت التشريعات القرآنية منذ أول الأمر بوجوب الوفاء بالعقود وذلك في قوله تعالى:

﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، كما أوضحت هذه التشريعات المسؤولية المترتبة على التعاهدات في قوله تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾ [الإسراء: ٣٤]، ومن جهة أخرى فقد أرست هذه التشريعات مبدأ رضائية العقود، وذلك بقوله: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٩] ويفيد هذا المبدأ الأمور التالية:

١ - الفرد حر في الدخول في أي عقد يشاء في حدود النظام العام والأصول الشرعية.

٢ - حق الفرد كذلك في التعاقد مع من يشاء أو في عدم التعاقد كذلك.

٣ - حق الفرد في تحديد آثار العقد الذي يرضى به، والشروط التي يختارها.

٤ - حق الفرد في ابتكار أنواع العقود والمعاملات التي لا تصادم أصلًا شرعيًّا، وذلك بناء على أن الأصل في المعاملات الإباحة، فيما أخذ به بعض الفقهاء.

٥ - وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم وتحديد آثار اتفاقاتهم، وليس من حق القاضي على وجه العموم أن يجبر أحدًا منهم على التزام ما لم يلتزم به.

٦ - وجوب وفاء المتعاقد بما رضي به والتزمه للطرف الآخر؛ لأنه قد ألزم نفسه بهذا الذي تحمَّله.

وفي إيجاز، فإن الرضا في الشريعة الإسلامية كافٍ لإنشاء العقد، كما أنه هو أساس الالتزام ومستند الإجبار على تنفيذه، وهو الدليل على إفساح المجال أمام حرية الإرادة ما دامت لا تتناقض هذه الإرادة فيما اتجهت إليه مع أصل من أصول هذه الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المعتبرة فيها.

ولعل ترتيب المرحوم أحمد إبراهيم هو أول من أثار قضية حرية الإرادة من الوجهة المقارنة بين الفقه الإسلامي وبين التفكير القانوني الغربي، وتستفاد هذه الأولوية من عنايته بالرد على هؤلاء الذين انتقدوا إثارته لهذه المسألة في الدرس الفقهي، باعتبار أن الفقه الإسلامي قد اعترف بحرية هذه الإرادة منذ بداية تطوره، ولم يتحول من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان الإرادة، كما هو الحال في القوانين الغربية.

ويرد المرحوم أحمد إبراهيم على هذا الاعتراض بأنه لا وجه له، بل يرى أن المقارنة بين الفقه والقانون في مجال حرية الإرادة هو الواجب لبيان سمو الشرع الإسلامي الذي رفع بأحكامه قدر الإنسان وجعله في المستوى اللائق بإنسانيته ولم يموه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أوهام في أوهام.

القول بتقييد سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي:

انتقد البعض تصوير سلطان الإرادة على هذا النحو من الحرية في الفقه الإسلامي، ورأى أن الإرادة لا سلطان لها في هذا الفقه بناء على ما قرره الفقهاء من أن العقود أسباب شرعية جَعْلية لأحكامها.

ومعنى هذه القاعدة الفقهية أن لكل عقد شرعي آثاره الخاصة ومقتضاه الذي حدده الشارع، سواء رضي العاقدان بهذه الآثار والمقتضى أو كَرِهَا ذلك، ولا تتمثل حرية العاقد إلا في حقه الدخول في العقد أو تجنب ذلك، فإن دخل في العقد لم يملك وقف شيء من نتائجه وآثاره.

ويرى كولسون في تحليله لنظرية العقد الفقهية: أن مجال حرية الإرادة في الفقه الإسلامي ضيق محدود، بناء على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد هو البطلان، وأن الاستثناء هو الحكم بالصحة. ويوضح رأيه هذا بالإشارة إلى أن التعامل بالبيع يجب ألا يتضمن معه اشتراطًا آخر يزيد على أحكامه المحددة شرعًا أو ينقص من هذه الأحكام. وفي رأيه أن الفقهاء أصروا على معلومية التعاقد ونفي أي احتمال لجهالته، ولذا لم يوافقوا على اقتران البيع باشتراط يزيد به أو ينقص منه القول بإطلاق سلطان الإرادة في الفقه والأدلة عليه.

وفي رأي عدد كبير من الباحثين المحدثين أنه لا صحة للزعم القاضي باتجاه الفقه الإسلامي إلى تقييد سلطان الإرادة، استنادًا إلى قاعدة أن جعل الأحكام بإرادة الشارع أو إلى تضييق مجال الشروط المقترنة بالعقد. ذلك أن جعلية الأحكام بإرادة الشارع تصف السبب البعيد للالتزام التعاقدي، على حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف، يوضحه أن الفقهاء المسلمين يتحدثون بصوت واحد عن نسبة تأثير الأسباب في المسببات إلى اللَّه ﷻ، غير أن هذا لم يمنعهم من ربط المسؤولية والالتزام بهذه الأسباب، إن من يكسر شيئًا أو يقتل أحدًا إنما فعل ما فعله بقدرة خلقها اللَّه فيه، وبتسليط منه سبحانه لمثل هذا الفعل في النتيجة، طبقًا للنظام الذي خلق اللَّه الكون عليه. غير أن الفقهاء حينما يتحدثون عن المسؤولية فإن هؤلاء الفقهاء لا يترددون في إلحاقها بفاعل الكسر أو القتل. وكذلك فإن أحكام العقد ترجع إلى اللَّه ﷻ باعتباره المشرع لهذه الأحكام، ولكنها ترجع كذلك إلى إرادة المتعاقدين باعتبار أنهم هم الذين مارسوا التعاقد، وهم الذين يتحملون نتائجه ووجوب الالتزام بأحكامه.

أما الشروط المقترنة بالعقد فليس البطلان أصلًا والصحة استثناءً، طبقًا لما زعمه كولسون من جهة أن جمهور الفقهاء قضوا بتصحيح الشروط المتضمنة لمنفعة أحد الطرفين الصحيحة

في عرف التعامل أو في الشرع، شريطة ألا تخالف أصلًا من الأصول الشرعية؛ فقد توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، ولم يبطل عندهم إلا ما خالف أصلًا من أصول الشريعة، وهو ما يؤكد إطلاق سلطان الإرادة على النحو الذي ترد الإشارة إليه فيما بعد.

ويجب القول بإطلاق سلطان الإرادة في مجال التعاقدات في الفقه الإسلامي للأدلة التالية:

١ - كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقد؛ إذ تنعقد العقود في الفقه الإسلامي بالإيجاب والقبول المعبرين عن الرضا، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي أو إجراءات معينة أو طقوس خاصة، كما كان الحال في القانون الروماني، ويدل الاستناد إلى الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول في إنشاء العقود على إطلاق سلطان الإرادة.

وقد نص الفقهاء على مبدأ رضائية العقود. من ذلك ما ذكره الزنخاني بقوله: « الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾، غير أن حقيقة الرضا لما كانت أمرًا خفيًّا وضميرًا قلبيًّا اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين ».

٢ - إيجاب النصوص الشرعية الوفاء بالعقود والعهود مطلقًا. من ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، وقوله: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴾ [الإسراء: ٣٤]، وقوله: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾ [النحل: ٩١]. وما تفيده هذه النصوص بمجموعها أن تلاقي إرادة المتعاقدين سبب لإنشاء الالتزام بما اتفقوا عليه وتراضوه فيما بينهم، شريطة ألا يتناقض هذا الاتفاق مع ما حرمه الشارع. وإذا كان الشارع قد فصل هذا الذي حرمه لقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ [الأنعام: ١١٩] فإن ما عدا هذا الذي حُرِّم من الاتفاقات والتعهدات يكون مباحًا.

٣ - القاعدة الفقهية: أن « العبادات إذن والمعاملات طلق » أي على الإباحة. ومفاد هذه القاعدة أن العبادة لا تكون عبادة إلا بإذن الشارع، ولا يصح لهذا إقامة عبادة بقياس أو بغير نص يشرعها، بخلاف المعاملات التي لا يشترط لصحتها سوى عدم ورود النص بحظرها وتحريمها. ويتضح من تتبع النظر الفقهي في المعاملات أنهم لم يتوقفوا في الحكم

بالصحة عند المعاملات القائمة أيام الصحابة أو النبوة أو عند أي عصر آخر، بل ظلوا يتابعون المعاملات والأعراف السائدة في التعامل ويحكمون بصحة أي معاملة تَجِدُّ في المجتمع ما لم تناقض أصلًا من الأصول الشرعية. ولذا تراهم يبيحّون بيع الوفاء وبيع الاستغلال وأنواعًا كثيرة من المشاركات التي لم تكن موجودة في فترة تطور الفقه الأولى.

٤ - المصلحة العامة والفردية من القواعد القطعية اليقينية التي يستند إليها في استنباط الحكم الشرعي، ولا يشترط في المصلحة لاعتبارها سوى ألا يكون الشارع قد أهدرها، وتدور أحكام المعاملات مع المصالح الاجتماعية والفردية، ولا يمتنع لهذا عند كثير من الفقهاء أن يشترط أحد العاقدين شرطًا فيه منفعة له ما لم يخالف هذا أصلًا من الأصول الشرعية. ويرجع اعتبار العرف في التعامل إلى قاعدة المصلحة، حيث يحظى العرف بالقبول العام في المجتمع للتأكد من تحقيقه للمصالح الفردية والاجتماعية.

ويشهد لاعتبار العرف والمصالح في المعاملات في الفقه الإسلامي هذه القواعد الفقهية التالية:

- العادة محكَّمة. ولذا لو كانت العادة الجارية احتساب النقل على البائع لزم أن يكون مكان التسليم في محل المشتري، ولو كانت العادة احتساب الضمان على الشركة المنتجة لسلعة من السلع فترة من الوقت لزم ذلك.
- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.
- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

وتشير هذه الشواهد إلى اتساع مجال الإرادة في إنشاء العقد والالتزام في التشريع الإسلامي؛ ولذا كان من حق الزوجة - فيما أخذ به الحنابلة - أن تشترط على زوجها عند العقد ألا يتزوج عليها وألا ينقلها من بلد معين وأن يتخذ لها مسكنًا بوصف معين، وإلا حق لها طلب التفريق إذا خالف الاتفاق ولم يفِ لها بما اشترطت عليه.

ويصح للمشتري اشتراط تأجيل الثمن وتقسيطه، ويلزم البائع الوفاء بهذا الذي اشترطه، ويصح الاتفاق على مكان التسليم ونوع الثمن ومقداره، ويلزم الطرفين الوفاء بما اتفقا عليه، ما لم يخالف ذلك أصلًا شرعيًّا، وهذا هو معنى قوله ﷺ: « **إن أحق الشروط أن توفوا به**

ما استحللتم به الفروج »[١].

الآثار والنتائج المترتبة على إطلاق سلطان الإرادة:

من أهم ما ترتب على الاعتراف بهذا الدور للإرادة في العقود في الفقه الإسلامي الأمور التالية:

الأول: اعتبار القصود والمعاني في النظر إلى طبيعة التعاقد وتحديد حكمه. ولذا لو اتفقا على وكالة نظيرَ عوضٍ كانت إجارة، وتطبق أحكامها ولو اتفقا على هبة بشرط الثواب كانت بيعًا.

الثاني: الرجوع إلى نية العاقدين في تفسيز اتفاقهما. ولذا لو أعطاه مالًا للعمل به في الثياب واقتسام الربح، كان العمل المقصود هو التجارة، لا الإنتاج، ولو اشترى قماشًا وشرط عليه أن يخيطه ثوبًا حمل ذلك على بيع وإجارة، ولو اتفقا على مَهْر بعضُه مؤجلٌ لم يكن لها أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه القدر المؤجل من المهر؛ لأنها رضيت بتأجيل المطالَبة.

الثالث: جواز إنشاء عقود غير مسماة لم يَجْرِ بها التعامل أيام النبوة، من ذلك العقد الذي قد يصح إطلاق عنوان « التأمين التعاوني » عليه. صورته: ما حدث في فترة متأخرة في المغرب من اتفاق تجار البز (الثياب) فيما بينهم على إنشاء صندوق لتعويض ما قد يعرض لأحدهم من خسارة بسبب حريق أو سرقة، على أن يجري تمويل ذلك من زيادة درهم واحد على كل ثوب يبيعه المشتركون في هذا الصندوق. غير أن الحاكة قد انزعجوا من هذا الترتيب لإحساسهم بأنه يؤدي إلى رفع سعر القماش وتقليل الإقبال على شرائه، فرفعوا قضية يطالبون فيها بإبطال مثل هذا الاتفاق، وقد حكم القاضي بعد تدبر بتصحيح هذا الاتفاق شريطة ألا يجبر أحد على الدخول فيه[٢].

***

● (مادة ٣٢٢): الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمي غيرهما فهو فاسد.

والشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين ولا لآدمي غيرهما فهو لغو[٣] غير معتبر والعقد

---

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ٤/ ١٥٠ برقم: ١٧٤٠٠.

(٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، د. محمد سراج، ص: ٧٢ - ٨٤.

(٣) في طبعة دار الفرجاني « لغيرهم ». والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

الذي يكون مقرونًا به صحيح[1].

الشرط الفاسد: هو ما يبقى التصرف معه صحيحًا إما لأن المشترط أسقطه أو يبقى التصرف معه صحيحًا سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه. وبهذا يتبين أن هذا الضرب قسمان:

أحدهما: ما يحكم معه بصحة التصرف إذا أسقطه المشترط، وقد ذكره المالكية في أقسام الشرط الباطل.

وضابطه عندهم اشتراط أمر يناقض المقصود من البيع أو يخل بالثمن فيه أو يؤدي إلى غرر في الهبة، فأنواعه على هذا ثلاثة.

مثال اشتراط أمر ينافي المقصود من البيع: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع أو لا يهب، ونحو ذلك فإن هذا الشرط إذا أسقطه المشترط فإن البيع يصح.

ومثال اشتراط أمر يخل بمعلومية الثمن وشيوع الجهالة بالثمن بأن يؤدي إلى جهالة فيه بزيادة إن كان من المشتري؛ كشرط السلف، أو نقص إن كان من البائع؛ كبيع وشرط سلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول فهذا الشرط إن حذفه المشترط صح العقد.

ومثال اشتراط أمر يؤدي إلى غرر، في الهبة: ما لو دفع إلى آخر فرسًا ليغزو عليه سنين وشرط الواهب أن ينفق الموهوب له على الفرس في تلك السنين، ثم تكون الفرس ملكًا للمدفوع له فلا يجوز ذلك للغرر.

أما القسم الثاني وهو: ما يحكم معه بصحة التصرف سواء أسقطه المشترط أم لم يسقطه فإنه يتناول الشروط الباطلة التي تسقط ويصح معها التصرف عند الحنفية، والشروط الباطلة التي يصح معها التصرف عند المالكية والشروط الفاسدة التي يصح معها التصرف عند الشافعية والحنابلة، وقد سبقت ضوابط ذلك.

ومثاله كما في البدائع: لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب

---

(١) قال الشيخ الإبياني في شرح هذه المادة: الشرط الفاسد هو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لأجنبي، أو لمبيع هو من أهل الاستحقاق، ولم يكن جرى العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه وهذا يؤثر على عقد المعاوضات الفساد عند أبي حنيفة خلافًا لمالك، مثل ما إذا باع شخص بيتًا وشرط على المشتري أن يسكنه شهرًا وستعرف ذلك مفصلًا.

والشرط الذي لا نفع فيه لأحد، لا للعاقدين ولا لغيرهما من أهل الاستحقاق يعتبر لغوًا، ولا يؤثر على العقد المقترن به مطلقًا، سواء كان من عقود المعاوضات أو غيرها، بل تكون صحيحة مثل العقود التي لم تقترن بشرط.

الفساد؛ وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد؛ فالعقد جائز والشرط باطل.

ومنه كذلك اشتراط البراءة من العيوب أو من الاستحقاق، فإذا باع عرضًا أو حيوانًا على البراءة من العيوب، ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه كان له رده ولا عبرة بشرط البراءة.

ومن هذا القسم اشتراط ما يخالف أو ينافي مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده وهذا النوع ذكره المالكية والشافعية والحنابلة.

ومن أمثلته عند المالكية: ما لو اشترط رب الوديعة على المودع ضمانها فلا ضمان عليه إذا تلفت في محل لا ضمان عليه فيه؛ لأن يد المودع يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي كالوديعة التي هي من الأمانات فلا يضمن إذا لم يجر التعدي، فيلغى الشرط وتصح الوديعة.

ومن أمثلته عند الشافعية ما لو قال: أعمرتك هذه الدار سنة، فعلى الجديد لو قال مع قوله: أعمرتكها فإذا مت عادت إليَّ أو إلى وارثي فكذا هي هبة وإعمار صحيح في الأصح، وبه قطع الأكثرون كما في الروضة فيلغو ذكر الشرط.

ومن أمثلته عند الحنابلة: ما لو اشترط في المضاربة أن لا خسارة عليه، أو شرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده فهذا الشرط لا يبطل البيع.

***

الفَصْلُ الثَّانِي

في بيان العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به

(مادة ٣٢٢): كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به.

ومثل ذلك: إجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به.

تقدم أن الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام: صحيح، ولاغٍ، وفاسد.

فالصحيح معتبر، ويجب مراعاته كما سبق. واللاغي يعتبر كالمعدوم. وأما الفاسد فيؤثر على بعض العقود بالفساد دون بعض، والأصل في ذلك أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع وما لا فلا، كالهبة.

الأصل في التعليق بالشرط وأن كل ما يمكن تمليكه في الحال لا يصح تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى المستقبل.

وينبني على ذلك أنه لا يصح اقتران عقد البيع والشراء والإجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال بالشرط الفاسد، وكذا لا يصح تعليقه به.

فلو قال شخص لآخر: بعتك أرضي مثلًا بألف جنيه بشرط أن أزرعها سنة يكون العقد فاسدًا. قالوا: لأن الشرط الفاسد زيادة خالية عن العوض، فيفضي إلى الربا، ولأنه يفضي إلى المنازعة فيخلو العقد عن المقصود منه؛ لأن المقصود من شرع الأسباب في المعاملات قطع النزاع. ولذلك نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط والمراد به الفاسد، وكذا لو علق إجارة بيته على حصول شيء غير محقق يمكن وجوده؛ لأن الأصل في مشروعية البيع دفع حاجة المشتري بأخذ المبيع لينتفع به. والعقد المعلق لا يفيد ذلك. ولأنه قد يفضي إلى النزاع بتغير الأسعار هذا هو رأي أبي حنيفة. وخالفه مالكٌ.

***

● (مادة ٣٢٤): ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال، أو كان من عقود التبرعات كالهبة والقرض، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحَجْر على الصبي من التجارة فإنه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ولا يصح تعليقه بالشرط بل يبطل العقد إن تعلق به.

وكذلك الرهن والإقالة تصح باقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط ولا يصح تعليقها بالشرط.

ما تقدم هو حكم عقود معاوضة المال بالمال بالنسبة لاقترانها بالشرط وتعليقها به.

العقود التي تتضمن مبادلة المال بغيره كعقد الزواج والخلع على مال وعقود التبرعات كالهبة والقرض الذي هو في حكم التبرع والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة فإنه يصح اقتران ما ذكر من هذه العقود بالشرط، ويلغو، ولا يؤثر فيها الفساد؛ لأن النص إنما ورد في البيع والشرط، فيقتصر فيه على عقد المعاوضة، ولا يصح تعليق هذه العقود بالشرط ويفسد الشرط ويصح العقد.

* * *

● (مادة ٣٢٥): ما كان من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها، أو من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة يصح تعليقه بالشرط ملائمًا كان أو غير ملائم، ويصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط.

وكذلك الوكالة والإيصاء والوصية يصح تعليقها بالشرط الملائم وغير الملائم وتصح مع اقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط.

ما كان من الإسقاطات المحضة؛ مثل الطلاق الذي هو رفع قيد الزواج بلفظ مخصوص والعتاق وتسليم الشفعة بعد ثبوتها ولزومها، وما كان من الالتزامات التي يحلف بها عادة مثل الحج والصلاة فإنه يصح تعليقها بالشرط الملائم وغيره. وكذا تصح مع اقترانها بالشرط؛ فإن كان الشرط صحيحًا وجب العمل به وإن كان فاسدًا صحت هذه العقود المذكورة ولغا الشرط الفاسد.

* * *

● (مادة ٣٢٦): الحوالة والكفالة يصح تعليقهما بالشرط الملائم ويصحان مع اقترانهما بالشرط الفاسد ويلغو الشرط، وكذلك ما كان من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة.

يصح أيضًا عقد الحوالة الذي هو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه

مع تعليقها بالشرط الملائم، وكذا الكفالة التي هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة. ويصحان أيضًا مع اقترانهما بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط كما سبق.

وكما تجوز الحوالة والكفالة مع التعليق بالشرط والاقتران به كذلك يصح تعليق كل ما كان من قبيل الإطلاقات بالشرط واقترانه به، وذلك مثل الإذن للصبي بالتجارة، فلا يبطل الإذن بالتعليق، ولا يفسد باقترانه بالشرط الفاسد، وإنما يلغو الشرط فقط.

***

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في العقود التي يصح إضافتها إلى وقت مستقبل والتي لا يصح إضافتها إليه

● (مادة ٣٢٧): ما لا يمكن تمليكه في الحال وما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وذلك كالإجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية والإذن في التجارة للصبي ونحوه.

فالأصل في الإضافة إلى المستقبل أن كل ما لا يمكن تمليكه في الحال يصح إضافته إلى المستقبل. وكذا كل ما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافتها إلى الزمن المستقبل، وذلك مثل الإجارة وفسخها، والمزارعة وفسخها، والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية. وكذا الحكم في الإذن للصبي بالتجارة ونحوها.

***

● (مادة ٣٢٨): كل ما كان تمليكًا في الحال فلا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وذلك كالبيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والإبراء عن الدين.

كما يصح أن يقال: أجَّرت لك بيتي سنة بمبلغ كذا ويقبل المستأجر، يصح أيضًا أن يقال: أجرت لك بيتي سنة من أول شهر شوال المقبل فيقبل المستأجر، وحينئذٍ يكون ابتداء المدة من أول الشهر المضاف إليه العقد. وكذا يقال في المزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة.

وأما كل ما يمكن تمليكه في الحال فلا يصح إضافته إلى المستقبل، وذلك مثل البيع وإجازته والقسمة؛ لأنها مبادلة كالبيع والشركة والهبة وعقد الزواج والصلح على مال والإبراء عن الدين. فإذا قال شخص لآخر: بعتك البيت بعد شهر أو كان عقد البيع موقوفًا كأن باع صبي مميز بيتًا فقال وليه: أجزت البيع غدًا لم يصح ذلك، وكذا يقال فيما بعده.

وقال مالك: بصحة البيع المضاف إلى زمن معلوم.

***



الباب الثالث
في أنواع الخيارات

الفصل الأول
في خيار الشرط

❁ (مادة ٣٢٩): يجوز أن يشترط في العقد أو بعده الخيار بفسخه أو إمضائه في مدة ثلاثة أيام لا أكثر في العقود كلها إلا في الوقف والكفالة، وللمحتال بالدين فيجوز فيها في أكثر من الثلاث وتعتبر مدة الخيار من وقت العقد لو كان الشرط فيه فلو بعده فمن وقت الشرط.

الخيار في اللغة: اسم مصدر من الاختيار، ومعناه طلب خير الأمرين، أو الأمور. **أما (الشرط) بسكون الراء فمعناه اللغوي:** إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وبفتحها: العلامة، والجمع أشراط، والاشتراط: العلامة يجعلها الناس بينهم.

أما في الاصطلاح فقد قال ابن عابدين: « إن خيار الشرط مركب إضافي صار علمًا في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ »[1].

والأصل فيه ما روي أن حيان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ﷺ كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ: « إذا بايعت فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام »[2]. وحينئذ يصح أن يشترط أحد المتعاقدين لنفسه الخيار في العقد أو بعده فيخير بين إمضائه وفسخه. وشرط الخيار قبل حصول العقد غير معتبر. ومدة الخيار ثلاثة أيام في جميع العقود التي يثبت فيها لا أكثر على الصحيح، للحديث المتقدم؛ ولأنها هي التي جعلت لإبلاء الأعذار وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف.

إلا أنه إذا زادت المدة عنها واختار فيها صح عند أبي حنيفة لزوال المفسد قبل تقرره خلافًا لزفر؛ لأنه وقع فاسدًا فلا ينقلب صحيحًا، ولكن استثنى من ذلك ثلاثة أشياء: الوقف والكفالة والحوالة، فيجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام، ولعل ذلك لاحتياجها

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية : ٢٠/ ٧٧ .

(٢) المستدرك على الصحيحين للحاكم : ٢/ ٢٦ برقم: ٢٢٠١.

إلى عظيم التروي ولأن جواز شرط الخيار في الوقف هو رأي أبي يوسف. ويروى أنه مع محمد في جواز كون المدة أكثر.

وقال محمد ومالك: يجوز أن تكون المدة أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن تكون المدة معلومة، كما روي عن ابن عمر - رضي اللّٰه عنهما - أنه أجاز الخيار إلى شهرين. ولأن الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فأشبه التأجيل في الثمن.

ولكن أبا حنيفة لم يوافق على ذلك؛ لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم. وإنما جاز على خلاف القياس للنص المتقدم، فيقتصر على مورده فتنتفي الزيادة ولا يصح قياسه على اشتراط الأجل في الثمن؛ لأنه للقدرة على الحصول عليه، وذلك يدعو إلى طول المدة. وحديث ابن عمر ليس بنص في خيار الشرط فيحتمل أن يكون في خيار الرؤية أو العيب. وتعتبر المدة من وقت حصول العقد إن كان الشرط فيه وإن حصل بعده يكون الخيار من وقت صدوره لا من حين العقد.

وهذا يتفق مع ما ورد في مادة (٥٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان والتي تنص على ما يلي: « مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل، فإن شرط أكثر منها فسد البيع، إلا إذا أجاز من له الخيار البيع في الأيام الثلاثة ».

والفوائد العملية لخيار الشرط كثيرة، من بينها احتياط العاقد لنفسه بالتروي والتمهل قبل لزوم العقد. وقد يحتاج المتعاقد لدراسة ظروفه وقدرته على الوفاء بأحكام العقد بعد إلزام الطرف الآخر نفسه بهذه الأحكام فشرع اشتراط الخيار لهذا. ويطلق عليه بعض الفقهاء خيار التروي لهذه الفوائد. ويحقق اشتراط الخيار دفع الغبن عن العاقد كذلك، فيما يفيده الحديث السابق الذكر.

ويذكر فقهاء الأحناف: أن خيار الشرط شرع على خلاف القياس؛ إذ يقتضي القياس أن المعاوضات لا تحتمل التعليق على الشرط، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد. وإنما ثبت على خلاف القياس بحديث رسول اللّٰه ﷺ لحبان بن منقذ، وللحاجات العملية التي ألجأت إليه. وإنما يسلم بالفوائد العملية لخيار الشرط وبثبوته بحديث النبي ﷺ، لكن لا يسلم بأنه على خلاف القياس أو على سبيل الاستثناء من الأصول؛ إذ الثابت أن أحكام العقود المالية تقبل الوقف والتعليق على الإجازة وعلى إزالة الشرط الفاسد، وليس خيار الشرط هو السبب الوحيد لوقف أحكام العقود المالية فدل على أنه أصل هو الآخر، وأنه لم يشرع على سبيل الاستثناء، حتى لا يقاس عليه.

وقد أنكر الظاهرية والثوري وابن أبي شبرمة خيار الشرط؛ لأن الأصل في العقود هو اللزوم ولم يرد في النصوص ما يدل على جواز اشتراط الخيار. وردوا حديث حبان ابن منقذ بأنه ليس صحيحًا أو أنه خاص به.

وقت اشتراط الخيار ومدته:

يجوز اشتراط الخيار في العقد ذاته، كأن يقول: اشتريت منك كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام ووافق الآخر. ويصح كذلك الاتفاق عليه بعد العقد ولو بأيام؛ كأن يأتي أحد العاقدين بعد البيع بأسبوع أو أكثر فيبدي تردده في العقد، ويوافق الطرف الآخر على جعله بالخيار فترة معينة، فيصح مثل هذا الاتفاق ويكون لمن اشترطه الخيار كما لو كان قد شرطه في العقد.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز اشتراط الخيار ثلاثة أيام فأقل لقوله ﷺ لحبان بن منقذ: « **إذا بايعت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام** ». أما ما زاد على ثلاثة أيام فلا يجوز عند أبي حنيفة وزفر والشافعية، بناء على أن ثبوت خيار الشرط لم يكن على وفق القياس فلا يزاد على ما ثبت بالنص؛ ولأن الحاجة إليه تتحقق في هذه المدة، ويفسد العقد عند أبي حنيفة وزفر، ويعود صحيحًا إذا زال سبب الفساد ورجعا إلى المدة المحددة إذ أجازه أثناءها. أما عند الشافعية فلا ينقلب صحيحًا باشتراط الخيار فوق ثلاثة أيام، لأنه يكون باطلًا، والباطل كالمعدوم لا تلحقه الإجازة.

ومذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن: أن للعاقدين اشتراط مدة الخيار إلى أي وقت يتفقان عليه، شريطة أن يكون الوقت المتفق عليه معلومًا. وهذا هو ما ترجح في المادة (٣٠) من المجلة العدلية، ولفظها: « يجوز أن يشرط بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر ». ولكن لو كانت مدة الخيار غير معلومة فإن البيع يفسد، ومقتضاه أن يصير إلى الصحة إذا عينها العاقدان قبل انقضاء المجلس، لزوال المفسد قبل تقرره. ولا يشترط في مذهب الإمام مالك تعيين مدة الخيار أو تقييده بمدة معينة، ويجوز عندهم الخيار المطلق عن تحديد المدة، ويرجع إلى القاضي عند التنازع، فيحدد مدة الخيار بالرجوع إلى العرف والعادة؛ إذ العرف فيه تقدير معين لمدة الخيار تختلف باختلاف ظروف السلعة والتعاقد، فمدة الخيار في شراء فاكهة غير المدة المقدرة للخيار في شراء منزل فيرجع إلى العرف في هذا التقدير.

والأمر في القانون المدني الأردني طبقًا لما جاء في المادة (١٧٧) بصحة خيار الشرط لأي مدة يتفق عليها الطرفان ويعينانها، أخذًا بمذهب الحنابلة وأبي يوسف ومحمد. أما إذا لم يتفق

الطرفان على مدة الخيار وأطلقاها عن التوقيت فيجوز هذا الخيار في هذا القانون كذلك، ويرجع فيه إلى العرف والعادة أخذًا بمذهب المالكية في هذا الجانب.

عقود اشتراط الخيار:

لا يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ولو بتراضي الطرفين كالنكاح والخلع؛ لأن أحكامهما لا تقبل التعليق أو الفسخ بتراضي الطرفين.

كذا لا يصح اشتراط الخيار في العقود الغير اللازمة كالهبة والوصية والوكالة والإعارة لعدم الفائدة حيث يجوز الرجوع في هذه العقود؛ لأنها غير لازمة، ولا يصح اشتراط الخيار كذلك في عقدي السلم والصرف؛ لمناقضة اشتراطه لمقتضى هذين العقدين، فمقتضى عقد السلم قبض الثمن في مجلس العقد، كما يشترط في الصرف قبض البدلين في المجلس أيضًا، ويقتضي اشتراط الخيار تأجيل التقابض فلم يجز لهذا.

من يثبت له الخيار:

يجوز اشتراط الخيار لأحد العاقدين أو لكليهما، ولكلٍّ منهما الحق في الرجوع عن العقد مدة الخيار المتفق عليها. ويجوز الاتفاق كذلك على أن يكون الخيار لشخص أجنبي عنهما، كما يجوز أن يكون الخيار لأحد العاقدين ولطرف ثالث معه، بحيث إذا رده أحدهما انتقض وإذا أجازه أحدهما جاز. أما إذا رده أحدهما وأجازه الآخر فإن العبرة برأي السابق منهما.

وآثار خيار الشرط عديدة منها:

١ - عدم لزوم العقد بالنسبة لمن له الخيار أثناء المدة المتفق عليها، وله الحق في فسخ العقد أو إمضائه في هذه الأثناء، أما إذا مضت المدة ولم يمارس حقه في فسخ العقد فإنه يلزمه.

٢ - يصح فسخ العقد أثناء المدة المتفق عليها بالنسبة لمن له الخيار، بالقول الدال على الرغبة في فسخ العقد أو بالفعل المعبر عن ذلك، شريطة إعلام الطرف الآخر به منعًا للضرر؛ فقد يركن إليه ولا يبحث عن مشترٍ آخر لسلعته اعتمادًا على أنه قد رضي بالعقد، فيتعين إعلامه بالفسخ، واشتراطُ العلم في الفسخ لإمضائه مذهبُ أبي حنيفة ومحمد، أما الشافعي وأبو يوسف فلا يشترطانه.

٣ - لا يخرج البدل من ملك صاحبه المشترط للخيار، ولو اشترط الطرفان الخيار في عقد من عقود المعاوضات المالية لم يخرج البدلان من ملك صاحبهما، أما إذا اشترط أحدهما الخيار فلا يخرج ماله المعقود عليه عن ملكه، ولكن لا يدخل مال الآخر في ملكه كذلك.

توضيحه: أن محمدًا إذا باع منزلًا بمائة ألف لعلي، واشترط كل منهما الخيار لنفسه شهرًا فإن الثمن والمنزل يظل كل منهما على ملك صاحبه، أما إذا كان علي هو الذي اشترط الخيار وحده فإن الثمن يظل على ملك صاحبه المشترط للخيار، ويخرج المنزل عن ملك صاحبه مدة الخيار، حتى لا يستطيع التصرف فيه هذه المدة، لكن لا يدخل في ملك علي حتى يجتمع البدلان في ملكه، وهذا هو رأي أبي حنيفة والمختار في المادة (١٧٨) من القانون المدني الأردني.

٤ - يتحول العقد إلى اللزوم بمضي مدة الخيار المتفق عليها، أو بالتعبير عن الرغبة في إجازته قبل مضي هذه المدة، وتكون الإجازة بالفعل أو القول الدال عليها صراحة أو دلالة، كالتسليم والإقباض والدخول في الإجراءات، ولا يشترط في الإجازة علم من لم يشترط الخيار؛ للزوم العقد في حقه من قبل وعدم حدوث ما يغير هذا اللزوم بالإجازة.

٥ - يسقط الخيار بموت من اشترطه خلال المدة المتفق عليها، ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده؛ لأنه مشيئة وإرادة تتعلق بشخص المتوفى فلا ينتقل إلى الورثة.

وهذا هو مذهب الأحناف والحنابلة وما أخذ به القانون المدني الأردني في مادته (١٨٣)، أما مذهب الشافعية والمالكية فيقضي بأن خيار الشرط لا ينتهي بموت من اشترطه وينتقل إلى ورثته، لتعلق هذا الخيار بالأموال، وهي محل للميراث[1].

***

● (مادة ٣٣٠): خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة، كالبيع، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنسًا، والصلح عن مال، والرهن، والكفالة، والحوالة، والإبراء، والوقف، والإقالة، والخلع، وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين[2].

لا يجوز اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ، ولو بتراضي الطرفين

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي «دراسة فقهية مقارنة» د. محمد سراج ص: ١٧٧ - ١٨١.

(٢) قال الشيخ محمد زيد الإبياني: وخيار الشرط يثبت في بعض العقود دون بعض؛ فيثبت في العقود اللازمة التي تنفسخ بالفسخ، ولا يبطلها الهزل، كالبيع والإجارة والمساقاة التي هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره، والمزارعة التي هي تسليم الأرض إلى من يزرعها بجزء من الخارج منها، وقسمة القيميات المتحدة الجنس والمختلفة جنسًا؛ لأن قسمتها فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة المثليات فإن القسمة فيها قسمة إفراز.

وكذا يثبت خيار الشرط في الصلح على مال، وفي الرهن والكفالة والحوالة والإبراء من الدين على المشهور، والوقف على رأي أبي يوسف، والإقالة التي هي فسخ العقد، والخلع والطلاق على مال بالنسبة للمرأة؛ لأن ذلك معاوضة بالنسبة =

كالنكاح والخلع؛ لأن أحكامهما لا تقبل التعليق أو الفسخ بتراضي الطرفين، وإنما يصح اشتراط الخيار في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ بتراضي الطرفين كالبيع والإجارة وغير ذلك مما ورد في المادة.

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٩٧) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي: « يجري خيار الشرط في الإجارة كما جرى في البيع، ويجوز الإيجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيرًا كذا أيامًا ».

يعني: يجري خيار الشرط في الإجارة سواء أكانت إجارة ملك أو وقف، كما جرى في البيع بمقتضى المادة (٣٠٠)، ويجوز الإيجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيرًا كذا يومًا، أي أن يكون في مدة معلومة مخيرًا في فسخ الإجارة وإمضائها.

مثلًا: لو قال المستأجر: استأجرت هذه الدار بمائة قرش شهريًّا على أني مخير في قبولها بذلك ثلاثة أيام صح؛ لأن الإجارة لما كانت تفسخ لأسباب كالإقالة فشرط الخيار فيها صحيح.

وفضلًا عن ذلك فإن خيار الشرط قد جعل للتروي والتفكير، وكل من الآجر والمستأجر في حاجة إلى التروي والتفكير في الإجارة قبل إبرامها؛ لأن الخيار شرط في البيع بالتروي، فكذا في الإجارة؛ لأنها تقع بغتة من غير سابقية تأمل، فيمكن أن يقع غير موافق، فيحتاج إلى الإقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها.

***

(مادة ٣٣١): خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية.

لا يثبت خيار الشرط في العقود التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل، كالنكاح والطلاق والخلع بلا مال، لعدم احتمال الفسخ، ولا في وكالة ووصية وهبة لعدم لزومها، فلا فائدة في الشرط، ولا في صرف وسلم؛ لأن القبض لازم فيهما.

وكذلك لا يصح في الإقرار؛ لأنه إخبار، فلا يقبل الخيار، ولكن إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار، فيصح باعتبار العقد إن صدقه المقر له، أو أقام البرهان على ذلك.

***

= إليها، وفي تسليم الشفعة بعد الطلبين: طلب المواثبة، وطلب الإشهاد.

❁ (مادة ٣٣٢): يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين، أو لأحدهما دون الآخر، أو لأجنبي[١].

يصح خيار الشرط للمتبايعين معًا، أو لأحدهما، أو لغيرهما، مع ثبوت الخيار لهما مع ذلك الغير، في المبيع كله أو بعضه، أثناء العقد وبعده.

وخيار الشرط جائز في البيع، وهو يمنع ابتداء الحكم، ويكون للمتبايعين معًا، ولأحدهما، ولو كان وصيًّا، أو وكيلًا، ولغير البائع والمشتري، كما إذا اشترى على أن يكون الخيار لغيره، ويثبت للمتعاقدين الخيار مع ذلك الغير.

وشرط صحة الخيار أن يكون أثناء العقد أو بعده، ولا يصح شرطه قبل العقد، مثل أن يقول: جعلتك بالخيار في البيع الذي تعقده، ثم اشترى مطلقًا لم يثبت الخيار.

وخيار الشرط يكون في المبيع، سواء كان البيع صحيحًا أو فاسدًا، وفائدته في البيع الفاسد أنه لو كان الخيار للبائع، أو له وللمشتري، وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل المبيع في ملك المشتري مع أنه لولا الخيار لملكه بالقبض.

ويكون في المبيع كله أو بعضه كثلثه أو ربعه، فيما لو كان المبيع متعددًا، وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري[٢].

***

❁ (مادة ٣٣٣): إذا جعل في عقود المعاوضات المالية خيار الشرط لكل من العاقدين فلا يخرج البدلان عن ملكهما، وإن جعل خيار الشرط لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه.

يصح أن يكون الخيار لمن ذكر في كل المبيع أو بعضه كثلثه أو نصفه، وإذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان عن ملكهما، ما دام الخيار موجودًا، فإذا سقط خيار واحد منهما خرج بدله عن ملكه، وإذا كان المشتري هو الذي سقط خياره والبائع باق على خياره وهلك المبيع في يد المشتري كان مضمونًا عليه بالقيمة إن كان قيميًّا، وبمثله إن كان مثليًّا؛ لأن العقد انفسخ بهلاك المبيع فيضمنه، كالمقبوض على سوم الشراء، وإن جعل الخيار لأحدهما دون الآخر فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه؛ لأنه لا يجوز

---

(١) قال الشيخ الإبياني: خيار الشرط يصح أن يجعل للمشتري أو للبائع أو لكل منهما أو لأجنبي، ولمن جعل الخيار لأجنبي الحق في الفسخ أيضًا، وهو ظاهر.

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٦).

اجتماع البدلين في ملك واحد، هذا هو رأي الإمام.

وقال الصاحبان: يدخل مال من لم يكن له الخيار في ملك من له الخيار؛ وذلك لئلا يكون سائبة، ولا سائبة في الإسلام، والسائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك وتعلق الملك موجود هنا؛ لأن من له الخيار حقه متعلق به، والسائبة هي الناقة التي يطلق سراحها لترعى حيث شاءت، ولا يجوز لأحد أن يتعرض لها، وكان ذلك موجودًا في الجاهلية، ونسخ بالإسلام، وثمرة الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه تظهر في مسائل، منها: ما لو اشترى إنسان قريبه، الذي هو رحم محرم منه كأخيه وكان له الخيار دون البائع، فلا يعتق على قريبه عند الإمام ويعتق عليه عند الصاحبين، لدخوله في ملكه، وفي الحديث: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[1].

ومنها: ما لو باع شخص شيئًا لآخر فاشترط المشتري الخيار لنفسه دون البائع وقبضه، ثم أودعه عند البائع وهلك عنده في مدة الخيار، فعلى قول أبي حنيفة يهلك من مال البائع، لارتفاع القبض بالرد، ويهلك على المشتري بقيمته لصحة الإيداع عندهما؛ لأنه ملكه.

***

● (مادة ٣٣٤): ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولًا أو فعلًا في المدة المعينة له، ويشترط علم الآخر في المدة في الفسخ القولي لا الفعلي.

والمراد بالفسخ القولي أو الفعلي: كل قول أو فعل يصدر ممن له الخيار دالًّا على فسخ العقد.

من شرط لنفسه الخيار، فله أن يفسخ العقد المشروط فيه الخيار، وله أن يمضيه في المدة المعينة له، والفسخ يكون بالقول كقول من له الخيار: أبطلت العقد أو فسخته، ويكون بالفعل بأن كانت العين المبيعة أرضًا والخيار للبائع فوقفها أو وهبها أو باعها.

ويشترط في صحة الفسخ القولي علم العاقد الآخر به، فلو لم يعلم فلا يكون الفسخ معتبرًا؛ لأنه يترتب عليه الضرر، لعدم تمكنه من العمل بموجب الفسخ، كأن يطلب مشتريًا آخر في صورة ما إذا كان الخيار للمشتري، أو يمتنع من التصرف في العين في حالة ما إذا كان الخيار للبائع، فلا بد من علمه حتى يحتاط لنفسه، فلا يلحقه الضرر، كعزل الوكيل ونَهْيِ المضارب عن العمل في مال المضاربة، وينبغي لصاحب الخيار أن يأخذ من العاقد الآخر كفيلًا يكون نائبًا عنه ليرجع عليه إذا غاب، فإذا لم يعين وكيلًا وغاب، رفع صاحب

---

(١) نصب الراية: ٣/ ٢٧٨.

الخيار الأمر إلى القاضي ليعين له وكيلًا يرد عليه.

وقال بعضهم: لا يصح إقامة وكيل؛ لأنه جعل الأمر لنفسه، والأول ظاهر، هذا هو رأي أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يشترط في الفسخ القولي العلم؛ لأن الشرط قد حصل برضاه وموافقته عليه، فصار مسلطا على الفسخ، فلا يتوقف على علمه، مثل الفسخ بالفعل، فإنه لا يشترط فيه العلم اتفاقًا، قالوا: لأنه أمر حكمي، وهو لا يشترط فيه العلم، ومقتضى ما تقدم من دليل أبي حنيفة ومحمد أنه لا بد من العلم هنا أيضًا؛ لأن الفعل كالقول، من حيث إنه أمر اختياري بخلاف الاضطراري كالموت.

والفسخ القولي يكون بكل عبارة تدل عليه كقول من له الخيار: فسخت العقد أو أبطلته أو رجعت عنه، وكذا الفسخ الفعلي يجوز حصوله بأي عمل يدل على الفسخ، بأن تصرف الذي له الخيار تصرفًا يكون نصًّا في الفسخ كالهبة والوقف في صورة ما إذا كان الخيار للبائع فوهب المبيع أو وقفه، وكردِّ العين المبيعة، وطلب الثمن، والتصرف فيه تصرف الملاك في حال ثبوت الخيار للمشتري.

* * *

❁ (مادة ٣٣٥): العقد المشروط فسخه بالخيار يتم ويلزم إذا أجازه من له الخيار في المدة المعينة قولًا أو فعلًا ولو لم يعلم الآخر، والإجازة القولية أو الفعلية هي: كل قول أو فعل يدل على رضا من له الخيار بلزوم العقد[1].

خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه قيمته، وخيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه ثمنه، ولا يخرج شيء من مبيع أو ثمن إذا كان الخيار لهما.

ذلك أنه إذا كان خيار الشرط للبائع فإن المبيع لا يخرج عن ملكه؛ لأن الخيار يمنع الحكم، وهو نقل الملك، فإن هلك في يده انفسخ البيع، وإن تعيب بغير فعله خير المشتري

---

(١) قال الشيخ الإبياني: كما جاز الفسخ بالقول والفعل يجوز أيضًا أن تكون إجازة العقد الذي فيه خيار الشرط بالقول والفعل، ولا يشترط في صحتها علم العاقد الآخر مطلقًا، سواء كانت بالقول أو الفعل؛ لانتفاء الضرر، بما أنه لا إلزام فيها، والإجازة بالقول تكون بكل عبارة تدل على إبطال حقه في الفسخ، كأن يقول المشتري مثلًا: أجزت شراء المبيع إن شئت أخذه، أو رضيت أخذه، أو أمضيت العقد، وكذا الإجازة الفعلية تكون بكل عمل يدل على تنفيذ العقد بأن تصرف في البدل تصرف الملاك، كأن كان المبيع أرضًا فوقفها المشتري في صورة ما إذا كان الخيار له، أو كان الثمن عينًا فوهبها البائع لشخص آخر.

بين الأخذ بكل الثمن أو الترك، وإن تعيب بفعله سقطت حصة المعيب من الثمن.

وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه فهلك في يده، فإن كان في مدة الخيار، فعليه قيمته يوم قبضه؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفًا، ولا نفاذ بدون بقاء المحل، فبقي المبيع مقبوضًا في يد المشتري على سوم الشراء، وفيه القيمة؛ لأن المقبوض على سوم الشراء فيه القيمة، وإن كان قبضه على سوم النظر بأن يقول له: هاته حتى أنظر إليه أو أريه غيري، فغير مضمون مطلقًا؛ لأنه لا يكون رضًا بالشراء بالثمن المسمى، أما لو استهلكه المشتري، فإنه يضمن قيمته، وإن كان الهلاك بعد مضي مدة الخيار بلا فسخ فعليه ثمنه لسقوط الخيار.

وإذا كان الخيار للمشتري فإن المبيع يخرج عن ملك البائع؛ لأن البيع في جانبه لازم، فإذا قبضه المشتري وهلك بيده فعليه ثمنه؛ لأن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب يمنع الرد، فيملك وقد انبرم البيع، ويلزم الثمن.

وإذا خرج المبيع عن ملك البائع لا يملكه المشتري عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يملكه؛ لئلا يصير سائبة لا مالك لها، ورد أبو حنيفة بأن السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك، والتعلق موجود هنا، وهو عُلْقَةُ المِلْكِ للبائع، إذ قد يردُّ عليه فيعود إليه حقيقة ملكه، وعُلْقَة مِلْك للمشتري إذ قد يسقط خياره فيكون له.

وإذا كان الخيار للبائع والمشتري، لا يخرج شيء من مبيع أو ثمن من ملك كل منهما اتفاقًا، وأيهما فسخ في المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز بطل خياره، وصار العقد باتًّا من جانبه والآخر على خياره، فإن أجاز تم العقد، وإن فسخ بطل، وإن لم يوجد فسخ ولا إجارة حتى مضت المدة، لزم البيع[1].

***

❁ (مادة ٣٣٦): إذا كان الخيار مشروطًا لكل من العاقدين فأجازه أحدهما سقط خياره وحده، وبقي خيار الآخر ما بقيت المدة، فإن كان أحدهما قد فسخه فليس للآخر إجازته، وإن أجازه فلا تعتبر الإجازة، سواء سبقه الفسخ أو الإجازة[2] أو وقعا معًا، أو فعل ما يدل على رضا مَنْ له الخيار بلزوم العقد.

لو كان الخيار لكل منهما فأجاز أحدهما دون الآخر بطل حقه في الفسخ، وبقي الآخر

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٨).

(٢) « سواء سبقه الفسخ أو الإجازة » ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

على خياره، وإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطلت الإجازة وصح الفسخ مطلقًا، سواء كان قبل الإجازة أو معها أو بعدها، ولا فرق في ذلك بين القولي والفعلي، فإن كان قبلها فلأن العقد قد بطل بالفسخ فلا يقبل الإجازة، وإن كان معها أو بعدها فلأن المجيز قد بطل حقه في الفسخ وبقي حق الآخر فيه، فيمكنه استيفاؤه؛ لأن العقد الجائز قد يفسخ، والمفسوخ لا يجاز.

جاء في المادة (٥٩) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه:

« إذا أجاز من له الخيار صحت إجازته ولو مع جهل صاحبه، فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة.

فإن كان الفسخ بالقول فلا يصح إلا إذا علم الآخر في المدة، فإن لم يعلم لزم العقد، أما إن كان الفسخ بالفعل صح بلا علم الآخر ».

توضيحه: أن من شرط له الخيار بائعًا كان أو مشتريًا أو أجنبيًّا فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بأحد ثلاثة أشياء: بأن يقول: أجزت، أو بموته في مدة الخيار؛ لأن خيار الشرط لا يورث، فيكون العقد بموته نافذًا، أو بأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ، ومن جانب المشتري تحصل الإجازة بأحد هذه الأمور الثلاثة، أو بأن يصير المبيع في يده إلى حال لا يملك معها فسخه، كهلاك المعقود عليه وانتقاصه.

والإجازة من البائع أو المشتري جائزة، ولو بغير حضرة الطرف الآخر، فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة؛ لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة.

والفسخ يكون بالفعل وبالقول:

فالفسخ بالفعل، كأن يتصرف البائع في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كبيعه له، أو أن يكون الثمن عينًا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك، فإن العقد ينفسخ، سواء في ذلك حضور الآخر وعدم حضوره؛ لأنه فسخ حكمي، والشيء قد يثبت حكمًا وإن كان يبطل قصدًا.

والفسخ بالقول: بأن يقول البائع أو المشتري: فسخت، فإن كان ذلك بعلم الآخر انفسخ العقد اتفاقًا، وإن كان بغير علمه فلا يجوز الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ولزم العقد؛ لأنه تصرف في حق الغير، وهو العقد بفسخه، وهو لا يخلو عن المضرة؛ لأنه إن كان الخيار للبائع وفسخ بدون علم المشتري، فالمشتري ربما يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه،

فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، ولا خفاء في كونه ضررًا، وإن كان الخيار للمشتري فالبائع ربما لا يطلب لسلعته مشتريًا، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع، وفي ذلك ضرر لا يخفى، والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كعزل الوكيل.

وقال أبو يوسف: يجوز الفسخ بدون علم الآخر؛ لأن مَنْ له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجارة[1].

* * *

● (مادة ٣٣٧): يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار، بدون فسخ ولا إجازة للعقد ممن شرط له الخيار.

خيار الشرط يبطل بمضي المدة بدون فسخ ولا إجازة، كما يبطل بالفسخ القولي والفعلي، فيتم العقد ويلزم بمضي مدة الخيار بدون أن يفسخ من له الخيار ولا يجيز، سواء علم بمضيها أو لم يعلم، بسبب حصول مرض أو إغماء؛ لأنه لم يثبت له الخيار إلا فيها، فلا بقاء له بعد مضيها، فيتم العقد ويلزم، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري.

* * *

(مادة ٣٣٨): يلزم العقد أيضًا بموت من له الخيار من المتبايعين في أثناء المدة قبل فسخه أو إجازته، ولا يخلفه[2] وارثه، فإن كان الخيار للمتبايعين معًا ومات أحدهما لزم العقد من جهته، ويبقى الحي على خياره إلى انتهاء المدة[3].

ورد في المادة (٦٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أنه:

« يتم العقد بموت من له الخيار، وبمضي المدة، ويطلب المشتري الشفعة بالمبيع إذا كان

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٩).

(٢) في طبعة دار الفرجاني « يحلفه » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٣) قال الشيخ الإبياني: وكذا يبطل خيار الشرط بموت من له الخيار من المتعاقدين في أثناء المدة قبل فسخه أو إجازته، ولا فرق في ذلك بين البائع والمشتري أيضًا، فيتم العقد بالموت، فإذا كان الخيار للبائع ومات لزم العقد، وملك المشتري المبيع، وإذا كان المشتري له الخيار ومات تم العقد، وملك البائع الثمن، وإن كان الخيار لهما ومات أحدهما تم العقد بالنسبة إليه، والآخر باق على خياره إلى انتهاء المدة، ولا يقوم ورثة الميت مقامه في خيار الشرط؛ لأنه مجرد إرادة ومشيئة، وهي تورث مثل خيار الرؤية - بخلاف خيار العيب - وفوات الوصف المرغوب فيه.

وقال الشافعي ومالك: في المشهور عنه بثبوت الإرث في خيار الشرط والرؤية؛ لأنه حق لازم، وكل حق لازم يصح فيه الإرث.

الخيار له، وبكل تصرف لا ينفذ ولا يحل إلا بالملك ».

ذلك أن تمام العقد بحصول الإجازة بواحد مما ذكر في نص المادة، كموت من له الخيار بائعًا كان أو مشتريًا، أما موت غيرهما ممن شرط له الخيار فإن العقد لا يتم بموته، بل الخيار باق لمن شرط له، فإن أمضى العقد مضي، وإن فسخه انفسخ كما في الفتح.

وفي جامع الفصولين: لو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره، وفيه أيضًا وكيل البيع أو الوصي باع بخيار، أو المالك باع بخيار لغيره، فمات الوكيل أو الوصي، أو للموكل، أو من باع بنفسه، أو من شرط له الخيار، يتم البيع عند محمد في كل ذلك؛ لأن لكل منهم حقًا في الخيار.

والجنون كالموت، ولا يخلف الوارثُ من مات على الخيار؛ لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، وكذا لا يورث خيار الرؤية، وخيار التغرير، وخيار النقل؛ لأن الأوصاف لا تورث، أما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب، فيخلفه الوارث فيها، لا أنه يرث خياره؛ لأن المورث استحق المبيع سليمًا من العيب، فكذا الوارث، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء، لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار، وكذا لا يورث خيار المجلس وخيار الإجازة في بيع الفضولي.

ويتم أيضًا بمضي مدة الخيار قبل الفسخ؛ لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها، فلا بقاء للخيار بعدها، وإن لم يعلم بمضي المدة لمرض أو إغماء؛ لأن المسقط هو مضي المدة من غير اختيار، لذا لو أفاق فيها وفسخ جاز (بحر).

كذلك يتم العقد أيضًا بطلب المشتري الشفعة بالمبيع وإن لم يأخذه، كما إذا اشترى دارًا بشرط الخيار له، وبيعت أخرى بجانبها، فبطلبه الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع، أما لو كان الخيار للبائع فإن خياره باق بعد طلب الشفعة؛ لأن ملكه باق بخياره، بخلاف المشتري؛ لأنه لا ملك له مع خياره، فطلب الشفعة دليل التملك.

كما يتم أيضًا بكل تصرف لا ينفذ ولا يحل إلا في الملك، كإجارة ولو بلا تسليم في الأصح، وبيع، ورهن، وهبة[1].

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٦٠).

الفَصْلُ الثَّانِي

في خيار الرؤية وخيار العيب

(مادة ٣٣٩): حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع، وهي: الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت دينًا في الذمة، والإجارة، وقسمة غير المثليات والصلح عن مال على شيء بعينه، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتمل الفسخ[1].

خيار الرؤية حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره، والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب، إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية.

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع؛ نظرًا للعاقد الذي أقدم على شراء ما لم يره، فربما

(١) قال الشيخ الإبياني: اعلم أنه كما يثبت حق الفسخ بخيار الشرط يثبت أيضًا للمشتري الفسخ بخيار الرؤية، فهو من إضافة الشيء لسببه، وخيار الرؤية ثابت للمشتري دون البائع؛ لأنه ثبت بالحديث وهو قوله ﷺ: «من اشترى ما لم يره، فله الخيار إذا رآه».

وهو وارد في الشراء دون البيع؛ لما روى أن عثمان بن عفان باع أرضًا له بالبصرة من طلحة بن عبد اللّه، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة وكان بمحضر من الصحابة - رضي اللّه عنهم - ولم ينكر على ذلك أحد منهم.

وقال الشافعي في المذهب الجديد: لا يصح العقد أصلًا قبل الرؤية؛ لأنه مجهول، وبيع المجهول غير جائز.

وقال مالك وأحمد بجوازه، ووافقهما كثير من الشافعية كالقفال، وهو رأي عثمان وطلحة - رضي اللّه عنهما - ولأن الجهالة منفية ببيان جنسه ونوعه ووصفه، ولأنه لا يفضي إلى النزاع؛ لكون المشتري مخيرًا بين الرد والأخذ، لجوازه معرفة جنسه وقدره ووصفه ونحو ذلك من كل ما يرفع الجهالة، وإلا كان فاسدًا اتفاقًا.

لا يشترط لصحة البيع والشراء والاستئجار والقسمة رؤية محل العقد، حيث لا يشترط في المحل إلا أن يكون معينًا أو قابلًا للتعيين، ولذلك يلزم في التعاقد عند عدم رؤية المحل أن يكون المعقود عليه شيئًا مسمىً موصوفًا أو مشارًا إليه وهو حاضر مستور، كبيع شيء في غلافه أو في وعائه، ولا يصح بيع ما لم يعلم بوصفه ولا بالإشارة إليه، كما لو باع شيئًا في جيبه، وذلك لجهالة المبيع، ولكن يصح أن يبيعه الساعة التي في جيبه أو سيارته البيضاء إن كانت له سيارتان إحداهما كذلك؛ لأنها متعينة بهذا الوصف وهو الشرط.

ولا يستلزم التعيين العلم، فقد يكون المحل معينًا كهذه الساعة التي في جيبي ولكنها غير معلومة لك، ويتحقق العلم بالرؤية للشيء الحاضر وبالوصف الذي تنقطع به الجهالة للشيء الغائب، ولا يتعلق خيار الرؤية بالمعقود عليه إذا كان مما يجري تعيينه بالوصف وجاء على وفاقه، أما إذا خالف المعقود عليه الوصف المتفق عليه فإن الخيار الثابت للمتضرر إنما هو خيار الخلف في الوصف لا خيار الرؤية.

والاتفاق بين العلماء على أنه لا يثبت خيار الرؤية في السلم؛ لأن المسلم فيه من المثليات التي تتعين بالوصف، ويشبهه كل ما يتعين بوصفه مما لا محل فيه لخيار الرؤية، ولا يثبت حق الفسخ إلا إن جاء المعقود عليه على خلاف الوصف.

لا يكون موافقًا له، فقد أباح له الشارع ممارسة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه، وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور القائلين به، إلا المالكية فهو عندهم خيار إرادي يشترط في بيع الغائب أحيانًا تصحيحًا له.

وخيار الرؤية بالرغم من سلكه في عداد خيارات الجهالة هو من الخيارات التي يراد بها إتاحة المجال للعاقد ليتروى وينظر هل المبيع صالح لحاجته أو لا[1]؟

وخيار الرؤية ليس ثابتًا في كل عقد، بل هو ثابت في أربعة مواضع لا غير:

الأول: شراء الأعيان التي يلزم تعيينها ولا تكون دينًا في الذمة، وهي القيميات؛ لأنها هي التي يكون للرؤية فيها فائدة، فإن لكل إنسان ميلًا مخصوصًا عند رؤية الأشياء المتفاوتة، فإذا أراد إنسان بيتًا مشيدًا ربما ينقبض منه، ويقول: هذا بيت غير مقبول عندي؛ لأني لا أرى ميلًا إليه، وربما رآه آخر فسر به، بخلاف المثلي فإنه لا فرق بين قمح ونظيره مثلًا.

الثاني: المستأجَر، فإنه بمعنى المشترى والمنافع متفاوتة.

الثالث: قسمة القيميات فيثبت فيها خيار الرؤية؛ لأن قسمتها مبادلة، فكأن كل واحد من الشريكين اشترى نصيب صاحبه.

الرابع: الصلح عن مال على شيء معين كبيت، فالمصالح له خيار الرؤية، لأنه مشتر للعين بما في ذمة المدين من المال.

وصرح في الفتح بأن محل خيار الرؤية كل عقد ينفسخ بالفسخ بخلاف ما لا ينفسخ به، فلا يثبت خيار الرؤية في مهر وبدل صلح عن قصاص؛ لعدم معنى الشراء، وينبني على ثبوت خيار الرؤية في الأحوال الأربعة المتقدمة ما يأتي:

١ - من اشترى شيئًا من الأعيان التي يلزم تعيينها ولم يره يكون له الحق في فسخ العقد وإمضائه عند الرؤية، إذا لم يتصرف فيه قبل الرؤية تصرفًا يمنع من الرد، بأن باع ما اشتراه أو وقفه أو نحو ذلك.

٢ - إذا استأجر إنسان عينًا ولم يرها ثبت له حق فسخ الإجارة وتنفيذها عند رؤية العين التي استأجرها.

٣ - من كانا شريكين في الأعيان القيمية المتحدة الجنس أو المختلفة، وتقاسما فيما هو مشترك بينهما يكون لكل منهما فسخ عقد القسمة عند رؤية نصيبه.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية: ٢٠/ ٦٤.

٤ - إذا ادعى إنسان على آخر مالًا معينًا على شيء معين من القيميات ولم يره، يكون له الحق في إبطال الصلح وتنفيذه عند رؤية العين المصالح عليها.

وحق الفسخ مقيد بما إذا لم يوجد ما يبطله قبل الرؤية أو بعدها، كبيع أو هبة مع التسليم ونحو ذلك من التصرفات، ولكن الرضا القولي قبل الرؤية لا يبطل حق الفسخ؛ لأنه مترتب على الرؤية وهي لم توجد؛ ولأن الرضا إسقاط للحق والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت.

وقد اختلف العلماء في حكمه، فمذهب الشافعية وبعض الفقهاء: أن العقد على ما لم يره المتعاقدان مما يتعين بالذات باطل، ولا مجال لثبوت خيار الرؤية في الأعيان المعقود عليها بذاتها طبقًا لهذا الرأي، وقد سبق الفرق بين ما يتعين بالذات وبين ما يتعين بالوصف.

ويثبت الأحناف والمالكية خيار الرؤية للمتملك كالمشتري في البيع، وكالمستأجر في الإجارة، والأصل فيه قوله ﷺ: « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه »[١]، ومن جهة المعقول فإن العلم النافي للجهالة لا يتحقق في كثير من الأحوال بمجرد الوصف، وإنما بالرؤية التي تفيد علمًا أشمل وأدق يتوقف عليه الرضا بالعقد.

وإنما يثبت خيار الرؤية بالشرع لا باتفاق الطرفين عليه، بخلاف خيار الشرط الذي يثبت بالتراضي والاتفاق، ولذا لو اشترى عينًا معينة بذاتها، ولم يكن رآها من قبل ثم رآها، فله الخيار في فسخ العقد أو إمضائه وإن لم يكن قد اشترط ذلك عند العقد[٢].

* * *

❁ (مادة ٣٤٠): من اشترى شيئًا لم يره من الأعيان التي يلزم تعيينها، أو استأجر شيئًا لم يره، أو قاسمه شريكه قسمة تراض مالًا مشتركًا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس، ولم يكن رأى المال المقسوم أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره، فهو مخير في هذه الصور كلها - عند رؤية المبيع أو المستأجَر أو الحصة التي أصابته في القسمة أو بدل الصلح - إن شاء قبل وأمضى العقد، وإن شاء فسخه ونقض القسمة، وله حق الفسخ والرد قبل الرؤية وبعدها مالم يوجد، ما يبطله قبل أو بعد الرؤية أو ما يدل على الرضا بعد الرؤية لا قبلها.

ورد في المادة (٧٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أن:

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٢٦٨ برقم (١٠٢٠٥).

(٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج ص: ١٨٤.

١ - « من اشترى ما لم يره له الحق في إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع، وليس له الفسخ إلا بعد علم البائع، ولا يكون هذا الخيار إلا في المعاوضات المالية.

٢ - وهذا الخيار مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية.

٣ - وليس للبائع خيار رؤية إذا باع ما لم يره ».

وتوضيحها أن: من اشترى شيئًا لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده بعد رؤيته له، سواء رآه على الصفة التي وصفت له، أو على خلافها، مثل أن يشتري حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئًا، فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء، ويسمى « خيار الرؤية » لقوله ﷺ: « **من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه** »[١].

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ، خوف غرر البائع، بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريًا آخر.

ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع:

- في الشراء للأعيان اللازم تعيينها، ولا تثبت دينًا في الذمة، ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح.

- وفي الإجارة.

- وفي القسمة، وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث: الشرط، والعيب، والرؤية، وكذا قسمة غير المثليات، كالثياب من نوع واحد، والبقر، والغنم، أما قسمة ذوي الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط.

- وفي الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه.

وإنما يثبت خيار الرؤية في هذه الأشياء؛ لأن كلًّا منها معاوضة.

ويثبت خيار الرؤية مطلقًا غير مؤقت بمدة وهو الأصح، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله؛ لأنه ثبت حكمًا؛ لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا.

وقيل: هو مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره[٢].

يثبت خيار الرؤية للمتملك على ما تقدم بالشروط التالية:

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٢٦٨ برقم: ١٠٢٠٥.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٧٣).

١ - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ برد البدل فيه، كالبيع وإجارة الأعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال معين بالذات؛ كحيوانات وسيارات مستعملة وأشياء لا تتماثل آحادها، أما ما لا يقبل الفسخ برد المال فيه كالزواج، فلا يثبت خيار الرؤية في المهر إذا رأته الزوجة أو لا.

٢ - أن يكون متملكًا لا مالكًا، والمتملك هو الذي تنتقل إليه الملكية، لا الذي تنتقل عنه، وإنما يثبت خيار الرؤية بهذا للمشتري لا للبائع، وللمستأجر لا للمؤجر، فمن باع شيئًا لم يره ثم رآه عند إقباضه إلى المشتري لم يكن له خيار الرؤية.

٣ - ألَّا يكون من يثبت له الخيار قد سبق إلى رؤية المعقود عليه، سواء وقت العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة، أما إذا كان قد رآه قبل العقد بوقت يسير أو وقت العقد فلا حق له في خيار الرؤية بعد ذلك.

٤ - أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، ولا يثبت دينًا في الذمة كبيت وحصان ومنزل وكرسي، وعلى سبيل التوضيح: فإن من يشتري حصانًا لم يره ثم رآه كان له خيار الرؤية، أما إذا كان اشترى شيئًا آخر لا يتعين بالتعيين كعشرين طنًّا من القمح البلدي المتوسط النقاء، ثم رأى المشتري ما أراد البائع تسليمه إليه، فلا حق له في فسخ العقد، وإنما يحق له أن يرفض تسلمه ويطالب البائع بتسليم المتفق عليه، فإذا عاد إلى مخالفة الوصف عاد إلى الرد حتى يجبره على الموافقة، أما إذا كان المبيع عينًا كفرس ولا يرضى بها المشتري، فإن ردها إلى المشتري لا يفيد سوى فسخ العقد؛ لأن استبدال المبيع بمثله غير ممكن؛ نظرًا لتفاوت آحاده واختلاف قيمها اختلافًا بينًا[1].

***

● (مادة ٣٤١): خيار الرؤية يبطل بتصرف من له الخيار في العين تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقًّا للغير، كالبيع المطلق عن شرط الخيار للبائع والرهن والإجارة والهبة، مع التسليم قبل الرؤية وبعدها.

فإن تصرف تصرفًا لا يوجب حقًّا للغير كالبيع بخيار للبائع، والهبة بلا تسليم العين الموهوبة للموهوب له يبطل الخيار بعد الرؤية لا قبلها، وكذلك يبطل بموت من له الخيار قبل الرؤية، ويلزم العقد فلا ينتقل الخيار إلى ورثته.

خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة؛ للحديث المتقدم، وينبني على ذلك: أن المشتري

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج ص: ١٨٥، ١٨٦.

لو لم ير المبيع، أو رآه ولم يوجد منه ما يدل على الرضا فهو على خياره، فهذا الحق ثابت له، ما لم يتصرف فيما اشتراه، أو يصرح بالرضا به بعد الرؤية.

فإن تصرف فيه تصرفًا لا يحتمل الفسخ كالوقف، أو يحتمله ولكن يوجب حقًّا للغير كالبيع بدون خيار له بطل خياره، سواء كانت هذه التصرفات قبل الرؤية أو بعدها وكذا، يبطل بالتصريح بالرضا بعد الرؤية لا قبلها.

وقال بعض الفقهاء: يتوقت خيار الرؤية بالتمكن من الفسخ بعد الرؤية، فلو تمكن منه ولم يفسخ العقد بطل خياره، ولو لم توجد منه الإجازة صريحًا ولا دلالة؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع، بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار، والجهالة تزول بالرؤية، والخيار يسقط بزوال سببه، كخيار العيب، فإنه يسقط بزوال العيب.

والذي رجحه العلماء: أنه ثابت مطلقًا غير مؤقت؛ لعموم النص على أن جهالة الوصف ليست بعلة في ثبوت هذا الخيار، بدليل أنه لم يثبت لصاحبه الخيار قبل الرؤية لتعلقه به، وإنما ثبت له حق الفسخ قبلها لكون العقد لم يقع لازمًا، فيمتد إلى أن يوجد ما يسقطه، وهو التصريح أو التصرف.

وليس سقوط حق الفسخ بخيار الرؤية قاصرًا على ما ذكر، بل يسقط أيضًا بموت من له الخيار، فإذا اشترى أحد شيئًا ومات سقط خياره ولزم العقد، ولا ينتقل الخيار إلى الورثة؛ لأنه مجرد مشيئة فلا يورث.

وقال الشافعي: لا يسقط بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق لازم يثبت فيه الإرث.

وقد ورد في المادة (٨٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان أن:

« تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية، ولا يرد المبيع إلا لعيب، وإن عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار ».

مثال ذلك: من اشترى صندوقًا به ثياب، ولم يره وقبضه، وباع ثوبًا منه أو وهبه، ثم رأى الباقي، ليس له أن يرد شيئًا منها إلا لعيب؛ لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط، كان تفريقًا للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع، بخلاف خيار العيب، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، أما قبل القبض فإنه يمنع التمام.

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه، هل يعود خيار الرؤية؟ ذكر شمس الأئمة

السرخسي: أنه يعود، وله أن يرد الكل بخيار الرؤية؛ لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة، وعن أبي يوسف: لا يعود؛ لأن الساقط لا يعود إلا لسبب جديد، وصحح هذا القول قاضي خان، وعليه اعتماد القدوري[١].

ويسقط خيار الرؤية على هذا لسبب من الأسباب التالية:

١ - التصرف في المحل تصرفًا يوجب حقًّا لازمًا للغير، كالتصرف بالهبة أو بالبيع أو الرهن أو الإجارة، ويلزم العقد بأي من هذه التصرفات، سواء حدث قبل رؤية المعقود عليه أو بعدها، وفي المادة (٣٣٥) من المجلة العدلية ضبط هذا السبب، ونصها: « تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته ».

٢ - تعيب المحل في يد متملكه، كالمشتري، والمستأجر؛ لأنه لا يلزم البائع أن يأخذ المبيع معيبًا وقد سلمه غير معيب، ولا فرق بين أن يكون العيب حدث بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي، أو بسبب لا دخل لأحد فيه.

٣- موت من له الخيار؛ لأن خيار الرؤية لا يورث، ويستوي أن تكون وفاته قبل الرؤية أو بعدها.

٤ - صدور ما يدل على رضا من ثبت له الخيار بالعقد وإجازته له بعد رؤية المحل، سواء جرى التعبير عن هذا الرضا صراحة أو دلالة، ولا يشترط لإسقاط الخيار بهذا إلا أن يحدث هذا الرضا بعد الرؤية لا قبلها، ومما يدل على رضاه بالمحل بعد رؤيته طلبه الشفعة بسبب من جهة هذا المحل، ومنه كذلك انتفاعه به، أو استعماله، أو استهلاك بعضه[٢].

* * *

❁ (مادة ٣٤٢): يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد، فمن عقد عقد شراء أو إجارة، أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات، أو المثليات المتحدة أو المختلفة الجنس، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه، فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب إذا وجد في مشريه، أو في العين المستأجرة، أو في بدل الصلح، أو في الحصة التي أصابته من القسمة عيبًا قديمًا لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه، ولم يشترط البراءة من العيوب، فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه العقد والحصة التي أصابته في القسمة.

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٢).

(٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج ص: ١٨٨.

العيب في اللغة: ما يخلو منه أصل الخلقة السليمة، مما يعد به الشيء ناقصًا، وشرعًا: ما ينقص القيمة عند أهل الخبرة الذين لهم دراية ومعرفة بقيمة الشيء الذي فيه العيب، فإذا رأى إنسان شيئًا وعقد عليه عقدًا من عقود المعاوضات، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يجده سليمًا بعد قبضه أو لا.

فإن وجده سليمًا لزمه أخذه، وإن وجده معيبًا فإما أن يشترط العاقد معه البراءة من كل عيب به أو لا.

وخيار العيب أو خيار النقيصة في اصطلاح المذهب المالكي: خيار ثابت بالشرع لا بالشرط والاتفاق، ومعناه: الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين، وعلى الرغم من التسليم بثبوت خيار العيب من جهة الشرع، فإن الكاساني يشير إلى ثبوته كذلك بشرط المتعاقدين دلالة؛ لأن سلامة محل العقد مطلوبة للعاقد وإن لم يصرح بها؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بهذا المحل إلا بتحقق هذه الصفة (السلامة من العيوب) فصار كأنه اشترطها دلالة، ويختلف خيار العيب: الثابت بالشرع وبالشرط دلالة عن خيار الرؤية الثابت بالشرع في أن خيار الرؤية لا يقبل الإسقاط بالاتفاق بين العاقدين كما تقدم، بخلاف خيار العيب الذي يقبله، ويجوز فيه الاتفاق على إسقاطه.

والأصل في مشروعية خيار العيب ما روي أن النبي ﷺ قال: « **ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعًا فيه عيب أن لا يبينه له** »[1]، وقد روى مسلم: أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعامًا فأدخل يده فيه فإذا به مبلول، فقال: « **من غشنا فليس منا** »[2] وتوجب أصول الشريعة حرمة أكل أموال الناس بغير رضا منهم، والرد بالعيب معتبر على هذا الأصل.

شروط قيام الحق في خيار العيب:

يشترط لقيام هذا الحق الشروط التالية:

١ - كون العقد الذي يثبت فيه هذا الحق من العقود التي تقبل الفسخ، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة، والصلح عن مال على شيء معين والقسمة، أما العقود التي لا تقبل الفسخ، كالزواج فلا يرد فيها هذا الحق، ولذا فإن من يتزوج امرأة ويظهر بها عيب من مرض أو غيره لا يكون له الحق في فسخ العقد، طبقًا لرأي جمهور الفقهاء.

٢ - أن يكون العيب مؤثرًا بنقصان قيمة المعقود عليه في عادة التجار، وقد ورد في المادة

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣٢٠ برقم: ١٠٥١٥٠.

(٢) صحيح مسلم: ١/ ٩٩ برقم: ٠١٠١.

(٣٣٨) من المجلة العدلية تعريف العيب في المبيع بأنه: هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، ويفيد الإطلاق أنه لا فرق بين أن يكون النقصان في القيمة أو الثمن يسيرًا أو كثيرًا؛ لأن الضرر يحصل بمجرد النقصان، وينتفي الرضا بالمعقود عليه بهذا.

٣ - أن يكون العيب قديمًا لا حادثًا بعد تسليمه؛ ذلك أن العيب الحادث في يد المشتري لا يوجب له خيار عيب؛ لكونه ليس من مسؤولية البائع.

٤ - عدم سبق الرضا من المتضرر بالعيب، ويعرف ذلك بعلمه بالعيب قبل العقد أو عند العقد أو التسليم؛ لأن مثل هذا العلم يعد رضًا به دلالة، والتصريح بالرضا بالعيب يسقط حق الخيار كما لا يخفى.

٥ - ألا يكون العاقد قد اشترط البراءة من العيوب، فمن باع مالًا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب، وكذا لو اشترى مالًا وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك، مثلًا: لو اشترى حيوانًا بجميع العيوب، وقال: قبلته مكسرًا محطمًا أعرج معيبًا فلا يبقى له بعد ذلك أن يدعي بعيب قديم فيه طالبًا الرد بخيار العيب.

الأحكام المترتبة على ثبوت خيار العيب:

يترتب على ثبوت هذا الخيار الأحكام التالية:

١ - ينعقد العقد صحيحًا نافذًا لازمًا في حق من لم يثبت له الخيار، وغير لازم في حق من ثبت له، ويترتب على كون العقد صحيحًا نافذًا مع ثبوت هذا الخيار أنه لا يمنع ثبوت أحكامه، فملك المبيع ينتقل من البائع إلى المشتري، كما تثبت للبائع مطالبة المشتري بالثمن، ويفيد عدم اللزوم أن من حق المتملك (المشتري على سبيل المثال) أن يقوم بنقض العقد قبل القبض متى علم بالعيب بإرادته وحده، دون حاجة إلى اتفاق وتراض أو قضاء قاض مع اشتراط إعلام الطرف الآخر به، طبقًا لما تقدم.

٢ - يكون العقد غير لازم في حق من ثبت له خيار العيب بعد القبض، غير أن الحق في فسخ العقد يفتقر لإعماله إلى التراضي أو التقاضي، والفرق بين ما قبل القبض وبعده أن العقد قبل القبض لم يتم، أما بعد القبض فقد تمت الصفقة فلا تنفسخ بمحض إرادة أحد الطرفين؛ حرصًا على استقرار التعامل.

٣ - يترتب على خيار العيب الحق في فسخ العقد ورد محله إلى صاحبه واسترداد ما دفع أو إمضاء العقد.

ولا يحق للمشتري - على سبيل المثال - إذا وجد عيبًا بالمبيع أن يمسكه ويحط ما نقصه

العيب من ثمنه؛ لأن البائع ما رضي بالبيع بالثمن المنقوص، ولو ألزمناه بهذا الثمن لكان فيه تفريق الصفقة عليه، وهو لا يجوز.

٤ - ومع ذلك فإن للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن بالشروط التالية:

أ - تعذر رد المبيع بهلاكه أو زيادته زيادة لا تنفصل عنه.

ب - رجوع التعذر إلى سبب لا يرجع إليه، أما لو تصرف فيه هو بالبيع أو الهبة فإن تعذر الرجوع يرجع إليه، ولا يحق له المطالبة بالنقصان.

٥ - لا يسقط خيار العيب بموت من ثبت له، خلافًا لخيار الرؤية.

مسقطات خيار العيب:

يسقط خيار العيب بعد قيام الحق فيه، وينتهي بأيٍّ من الأسباب التالية:

١ - إسقاط من له الخيار الحق فيه صراحة، كقوله: أسقطت حقي في الخيار، ويلتحق به إبراء المشتري البائع من العيب الذي ظهر بالمبيع.

٢ - الرضا بالعيب بعد العلم به، صراحة أو دلالة، ومن الدلالة أن يصدر بعد العلم بالعيب ما يدل على رضاه به، كاستعماله أو التصرف فيه.

٣ - هلاك المعقود عليه، وذلك لفوات محل الرد.

٤ - التصرف في المعقود عليه تصرفًا ناقلًا للملك.

٥ - نقصان المعقود عليه بفعل أجنبي أو بآفة سماوية؛ حيث لا يكون لصاحب الخيار عندئذ أن يرد المعقود عليه لتعذر الرد، وله المطالبة بقدر النقصان.

٦ - زيادة المعقود عليه زيادة متصلة أو تغيره[1].

***

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي «دراسة فقهية مقارنة» د. محمد سراج ص: ١٨٨ - ١٩٢.

كتاب البيوع



الفَصْلُ الأوَّلُ

في عقد البيع

● (مادة ٣٤٣): عقد البيع هو تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنًا للمبيع[1].

البيع في اللغة: عبارة عن تمليك مال بمال آخر، وهو في الاصطلاح: مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب، وهو من الأضداد[2] يقال: باع الشيء إذا شراه، ويقال: باعه الشيء وباع منه، يقال: باعه إذا أخر العين عن ملكه إليه، وباعه: أي اشتراه، ويتعدى بنفسه وبالحرف، باع زيد الثوب وباعه منه، وزيادة قيد التراضي؛ لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد.

وذهب فريق من أهل العلم: أن التراضي ليس خاصًا بمفهومه الشرعي كما يفيده قول بعضهم، فالتراضي لا بد منه لغة أيضًا؛ لأنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصبًا وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة: باعه.

واعترض بعض العلماء على ذكر التراضي في التعريف، وقالوا: لا يناسب ذكر التراضي

---

(١) جاء في الاختيار ١/ ١٧٦: البيع في اللغة: مطلق المبادلة وكذلك الشراء، سواء كانت في مال أو غيره، وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا وتملكًا، وانظر المادة (١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة: «البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي»، وهو في المذهب المالكي طبقًا لما جاء في تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك المادة (١٨) : « عقد على تمليك ذات معينة غير نقد في نظير عوض، بما يدل عرفًا على رضا العاقدين »، أما تعريفه في المذهب الشافعي فقد اشتملت عليه المادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي، ونصها: « البيع عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القربة »، وقد جاء تعريف البيع في المادة الأولى من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أحمد ابن حنبل، ونصها: « البيع مبادلة مال، ولو في الذمة، أو منفعة مباحة مطلقًا، بمثل أحدهما على التأبيد، غير ربًا وقرض ».

وتتفق هذه التعريفات في اعتبار البيع عقدًا من عقود المعاوضات، بخلاف الهبة التي تعد من التبرعات، وهو على التأبيد حتى تخرج الإجارة، ويشمل البيع عند الأحناف كلًّا من المقايضة والسلم والصرف. وتميز بعض المذاهب بين البيع وهذه العقود المذكورة، كما لا يخفى من تدبر مضمونها.

وعلى سبيل المقارنة فقد جرى تعريف عقد البيع بما لا يخرج عن ذلك في المواد (٤١٨) مدني مصري، (٣٨٦) مدني سوري، (٣٦٥) مدني أردني، (٥٠٦) مدني عراقي، ونص المادة (٤١٨) مصري أن: « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًّا ماليًّا آخر في مقابل ثمن نقدي»، وهناك مع ذلك اختلافات واضحة بين التعريفات الفقهية والقانونية مما لا مجال للتفصيل فيه، انظر حاشية ابن عابدين: ٤/ ٣ وما بعدها، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٣، ومواهب الجليل : ٤/ ٢٢٢، ومغني المحتاج: ٢/ ١ وما بعدها، وحاشية القليوبي على المنهاج : ٢/ ١٥٢، وكشاف القناع : ٢/ ٢ وما بعدها، الإنصاف : ٤/ ٢٦٠.

(٢) أي الألفاظ التي تطلق على الشيء وعلى ضده.

في التعريف، ولذا قال في الفتح: إن التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعًا؛ لأنه لو كان جزء مفهومه شرعًا لزم أن يكون بيع المكره باطلًا، وليس كذلك، بل هو فاسد كما علمت، وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره في النهر[١]؛ لأنه بيع حقيقة، وإن توقف حكمه على القبض، فالتقييد بالتراضي لإخراج بعض الفاسد، وهو بيع المكره؛ لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع؛ لخروج هذا منه، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه.

التقييد بالإفادة في التعريف غير مفيد؛ إذ غايته أنه أخرج ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحدا وزنًا وصفةً وهو فاسد، والتعريف شامل لجميع أنواع البيع الفاسد، فلا فائدة في إخراج نوع منه كما قلناه في بيع المكره، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلًا فهو تقييد مفيد، لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال.

ويلاحظ أن البيع عقد على الإبهام، والتوقيت يبطله، بخلاف الإجارة فإنها عقد على التوقيت، والإبهام يبطلها.

ويقال: هو في الشرع عبارة عن إيجاب وقبول في مالين ليس فيهما معنى التبرع، وقيل: هو عبارة عن مبادلة مال بمال لا على وجه التبرع.

ويتضح أن البائع يتملك مال المشتري ثمنًا لسلعته، وبمقتضى هذا العقد يتملك المشتري سلعة البائع نظير أمواله التي سلمها للبائع، فالبيع عقد من عقود المعاوضات، بخلاف الهبة فهي من عقود التبرعات .

ومبادلة المال بالمال تخرج الإجارة؛ لأنها بدل منفعة لا مال.

والبيع إن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهو أربعة أنواع؛ لأنه إما أن يقع على عين بعين، أو ثمن بثمن، أي يكون المبيع فيه من الأثمان أي النقود، أو ثمن بعين، أو عين بثمن، ويسمى الأول مقايضة، والثاني صرفًا، والثالث سلمًا، وليس للرابع اسم خاص، فهو بيع مطلق.

وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضًا؛ لأنه إن كان بمثل الثمن الأول مع زيادة فمرابحة، أو بدون زيادة فتولية، أو أنقص من الثمن فوضيعة، أو بدون زيادة ولا نقص فمساومة، وزاد في البحر: خامسًا، وهو الإشراك، أي أن يشرك غيره فيما اشتراه، أي بأن يبيعه نصفه مثلًا، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالًّا أو مؤجلًا[٢].

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٥٠٤.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٥٠٢ .

البيع في حق البدلين ينقسم أربعة أقسام:

بيع العين بالعين وهو: بيع السلع بالسلع، ويسمى بيع المقايضة.

وبيع العين بالدين وهو: بيع السلع بالأثمان المطلقة، وهي الدراهم والدنانير، وبيعها بالفلوس النافقة، وبالمكيل الموصوف في الذمة، والموزون الموصوف، والعددي المتقارب الموصوف.

وبيع الدين بالعين وهو: السلم.

وبيع الدين بالدين وهو: بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف.

فأما الذي يرجع إلى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم في حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام:

بيع المساومة وهو: مبادلة المبيع بأي ثمن اتفق.

وبيع المرابحة وهو: مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح.

وبيع التولية وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان.

وبيع الاشتراك وهو: التولية، لكن في بعض المبيع ببعض الثمن.

وبيع الوضيعة وهو: المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

وهو جائز، ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: بقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وأما السنة: فإنه ﷺ بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك، وسبب شرعيته: تعلق البقاء المعلوم فيه للَّه تعالى على وجه جميل؛ وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض، ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته، ثم تذريته، ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك، فلو لم يشرع البيع سببًا للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة، أو السؤال والشحاذة، أو يصبر حتى يموت، وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد، فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن.

وشرطه في المباشر: التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة

وغير ذلك، فيصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره، وفي المبيع: كونه مالًا متقومًا شرعًا.

جاء في المادة (١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة أن: « البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي ».

توضيحه: أن البيع في عرف الفقهاء يطلق بمعنى أعم، شامل للسلم والصرف والمقايضة والبيع المطلق، هو « مبادلة المال بالمال بالتراضي »، ويطلق البيع بمعنى أخص، فلا يشمل إلا البيع المتعارف، وهو البيع المطلق.

والمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعًا، فما يباح بلا تمول لا يكون مالًا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منها كالدم.

واشتراط التراضي أخذ من الآية الكريمة ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ ﴾ [النساء: ٢٩] ولا ينعقد البيع إلا به .

وتقييد المال بغير نقدي يميزه عن الصرف والسلم، وتقييد المقابل بمال نقدي يميزه عن المقايضة .

وقد أخذت القوانين المدنية العربية في تعريف البيع بشيء من التوسع بما يشمل تمليك الأموال أو الحقوق المالية لقاء بدل أو عوض، وهو ما نصت عليه المواد (٣٨٦) مدني سوري، (٥٠٦) مدني عراقي، و (٤٦٥) مدني أردني، ونصها: « البيع تمليك مالي أو حق مالي لقاء عوض ».

***

● (مادة ٣٤٤): لا يصح البيع إلا بتراضي العاقدين، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وتعيين المثمن والثمن، إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع[1].

من شروط صحة عقد البيع:

---

(١) جاء في الاختيار: ١/ ١٧٨: ولا بد من معرفة المبيع معرفة نافيه للجهالة،ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته، شرح مختصر خليل للخرشي: ٥/ ٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ١١، أسنى المطالب: ٢/ ٣، ١٤، كشاف القناع: ٣/ ١٥٠، ١٦٣.

الرضا التام بين الطرفين زوالًا في حق البائع وثبوتًا في حق المشتري، ولا يتحقق ذلك - أي تمام الرضا - إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية أو ببيان أحواله وأوصافه المميزة له أو بالإشارة إليه إذا كان حاضرًا، وذلك لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله - عليه الصلاة والسلام -: « **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه** »[١].

ولا يمنع الرضا المشتري من رد المبيع إذا كان لم يره، فإذا قال المشتري: رضيت[٢] ثم رآه له أن يرده؛ لأن الخيار معلق بالرؤية؛ لما روينا فلا يثبت قبلها، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله: رضيت قبل الرؤية، بخلاف قوله: رددت؛ لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور، وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات، لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء، واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور.

وقد أبطل الشارع كل البيوع التي لم توفر فيها شرط الرضا مثل بيع المنابذة، وهو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيحب مالكها إلزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه، وبيع الملامسة، وهو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعًا لها رضي مالكها بذلك أو لم يرض، وبيع الحصاة، وهو أن يتساوم الرجلان على السلعة، فإذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها، ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها.

ويشترط كذلك لصحة البيع أن يكون المبيع معلومًا وثمنه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك، فيحصل المقصود[٣].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٤/ ٢١٦٦ برقم ٢٨١٢، والترمذي: ٤/ ٣٣٠ برقم ١٩٣٧، وصححه مسلم.

(٢) وهذا تفريع على مسألة القدوري، يعني كما أن له الخيار إذا لم يقل: رضيت، فكذا إذا قال ذلك ولم يره ثم رآه؛ لأن الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه، والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط؛ ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها، وهو ثابت بالنص عندها، فما أدى إلى إبطاله فهو باطل. (العناية ٦/ ٣٣٨).

(٣) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٥٧.

وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فقد يكون بالإشارة إليه؛ لأن التعين يحصل بها، والإشارة إليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره، غير أن المبيع إن كان أصلًا لا بد من الإشارة إليه بطريق الأصالة؛ ليصير معلومًا، وإن كان تبعًا يصير معلومًا بالإشارة إلى الأصل.

ونشير إلى أن المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فالمبيع في الأصل: اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل: ما لا يتعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض بأن يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعًا كالمسلم فيه، وما يحتمله ثمنًا كرأس مال السلم إذا كان عينًا، ومذهب زفر والشافعي: أن المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمىً واحد، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء، وإذا عرف هذا فالدراهم، والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق، وإن عينت، حتى لو قال: بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم، أو بهذه الدنانير كان للمشتري أن يمسك المشار إليه، ويرد مثله، ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر، حتى يجب عليه رد مثل المشار إليه جنسًا ونوعًا وقدرًا، وصفة، ولو هلك المشار إليه لا يبطل العقد، وعلى أصلهما: يتعين حتى يستحق البائع على المشتري الدراهم المشار إليها كما في سائر الأعيان المشار إليها، ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك سائر الأعيان.

معرفة وصف المبيع ليست شرطًا لصحة البيع، ولهذا قال في البدائع: وأما معرفة أوصاف المبيع والثمن، فقال أصحابنا: ليست شرطًا، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط اللزوم، فيصح بيع ما لم يره، وظاهر ما في فتح القدير: أن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر، فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكر حنطة بحرية أو صعيدية، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائع يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية العقد، وهو دفع الحاجة بلا منازعة.

وفي القنية: إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقر أن في يده متاعَ فلان غصبًا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره[1].

وجاء في شرح مجلة الأحكام المادة (٢٠٤): المبيع يتعين بتعيينه في العقد، مثلًا: لو قال البائع: بعتك هذه السلعة، وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس إشارة حسية وقبل المشتري

---

(١) راجع رد المحتار: ٤/ ٥٢٩.

لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها، وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها، وكذلك إذا أشار البائع إلى صُبْرَة حنطة وقال للمشتري: قد بعتك هذه الصبرة، فقبل المشتري البيع فعلى البائع أن يسلم تلك الصبرة عينها، وليس له أن يمسك الحنطة المشار إليها ويسلم المشتري حنطة مثلها أو أجود منها وصفًا (كفاية) ولفظ (الإشارة بحسية) الوارد في هذه المادة ليس للاحتراز فإذا عين المبيع بغير الإشارة الحسية كالتعريف أو الوصف أو غيرهما فعلى البائع أن يسلم ذلك المبيع المعين وعلى المشتري أيضًا أن يأخذه.

ويقابل ذلك ما جاء في المادة (٤٦٦) من القانون المدني الأردني، ونصها:

١ - « يشترط أن يكون المبيع معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة.

٢ - ويكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإذا كان حاضرًا تكفي الإشارة إليه ».

وأصل هذه المادة هو المذهب الحنفي طبقًا لما جاء في مذكرتها التوضيحية، وهي تقابل المواد (٣٨٧) سوري، و (٥١٤) عراقي.

* * *

● (مادة ٣٤٥): ينعقد البيع بإيجاب وقبول، أي بكل لفظين منبئين عن معنى التمليك والتملك[1].

ينعقد البيع بالإيجاب والقبول، والإيجاب هو في اللغة: الإثبات، وفي الفقه: ما يذكر أولًا من كلام المتعاقدين؛ لأنه يثبت خيار القبول للآخر.

قال الأتقاني: الإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولًا؛ سمي به لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات، والمتكلم منهما أولًا بقوله: بعت أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر، أو سمي به لأن قوله: بعت واشتريت فعل، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجود، فكان قوله: بعت أو اشتريت إيجابًا؛ لأنه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان، فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره، ثم سمي كلام الآخر قبولًا لما أوجبه الآخر، وإن كان هو إيجابًا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق، قال الكمال: والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أوَّلًا، سواء وقع من البائع، كبعت، أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بألف، والقبول الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات، فسمي

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٩، أسنى المطالب: ٢/ ٣، كشاف القناع: ٣/ ١٤٧.

الإثبات الثاني بالقبول تمييزًا له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولًا ورضًا بفعل الأول.

والقبول هو ما يذكر آخرًا من كلام المتعاقدين، أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع[1].

وهكذا فإن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي، ومعنى الانعقاد: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل، مثل أن يقول أحدهما: بعت والآخر: اشتريت؛ لأن البيع إنشاء تصرف شرعي، وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن، وهو صادق على البيع لا محالة، وأما كونه شرعيًّا فلأن الكلام في المبيع شرعًا، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع؛ لأن تلقي الأمور الشرعية لا يكون إلا منه، والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء فينعقد به، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به.

ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي، والآخر بلفظ المستقبل، وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي ﷺ استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده، فكان الانعقاد مقتصرًا عليه، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عِدةً لا بيعًا، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة.

وقيل: هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلًا بدون نية الإيجاب في الحال، وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع، وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي، ثم قيل في تعليله؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية.

ولا بد أن يكون القبول موافقًا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق[2].

ولابد كذلك من اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد؛ فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد؛ لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس؛ لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده، فوجد الثاني، والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكمًا وجعل المجلس جامعًا للشطرين مع تفرقهما للضرورة، وحق الضرورة يصير مقضيًّا عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف،

---

(١) راجع تبيين الحقائق: ٤/ ٢.

(٢) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٧.

وهذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه اللَّه -: الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه.

وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهذا خيار القبول؛ لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله؛ لخلوه عن إبطال حق الغير، وإنما يمتد إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعًا للعسر وتحقيقًا لليسر.

والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن؛ لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة، إلا إذا بين كل واحد؛ لأنه صفقات معنى، وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع، وله ذلك على ما ذكرناه[1].

ويبطل الإيجاب قبل القبول بالرجوع أي برجوع الموجب؛ لأن المانع من الرجوع لزوم إبطال حق الغير وهو منتف ههنا؛ لأن الإيجاب لا يفيد الحكم بدون القبول، ويبطل أيضًا الإيجاب أو القبول بقيام الموجب أو القابل عن مجلسه؛ لأن القيام دليل الرجوع، والدلالة تعمل عمل الصريح.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٠٤): الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما، فمتعلق الإيجاب والقبول هو البيع الذي يكون موجودًا ومقدور التسليم ومالًا متقومًا مع الثمن، والأثر: هو أن يصبح البائع مالكًا للثمن والمشتري مالكًا للمبيع، والانعقاد: يختص بالبيع الصحيح مطلقًا وبالبيع الفاسد بعد حصول القبض، أما البيع الباطل فلا يوجد فيه انعقاد.

***

● (مادة ٣٤٦): كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطابًا يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبة[2]، ويشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه، فلو كتب إلى رجل: اشتريت عبدك هذا بكذا، فكتب اليه رب العبد: بعته منك؛ كان بيعًا، وينعقد البيع أيضًا بالاشارة المعروفة للأخرس[3].

---

(١) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٣، فتح القدير: ٦/ ٢٥٣، الجوهرة النيرة: ١/ ١٥٨.

(٢) كذا يفهم من الهندية من الثاني في البيوع عن الظهيرية.

(٣) انظر مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٩، تحفة المحتاج: ٤/ ٢٢٥، مطالب أولي النهى: ٣/ ٨.

تناولت هذه المادة انعقاد البيع بالإيجاب والقبول بالكتابة أو بالإشارة.

وقد ذكرنا أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي، الانعقاد هاهنا: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل، مثل أن يقول أحدهما: بعت والآخر: اشتريت، لكن النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته، هذا إذا كان الخرس أصليًا بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضًا بأن طرأ عليه الخرس فلا، إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي[1].

والأصل أن الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة[2]؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر؛ لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، وكان ذلك سواء في كونه مبلغًا، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه[3].

وليس الكتاب كالخطاب دائمًا، فلو كان حاضرًا فخاطبها بالنكاح، فلم تُجِبْ في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح؛ لأن الغائب إنما صار خاطبًا لها بالكتاب، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه، وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر، فأما إذا كان حاضرًا فإنما صار خاطبًا لها بالكلام، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني، وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد.

وإيماء الأخرس وكتابته كالبيان، بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقَوْد، وقال الشافعي: تجوز كتابته وإيماؤه في الوجهين؛ لأن المجوز إنما هو العجز، ولا فرق بين أن يكون أصلًا أو عارضًا، والفرق عند الأحناف: أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك، وصارت له إشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس.

---

(١) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٦.

(٢) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٥، تبيين الحقائق: ٤/ ٢، البحر الرائق: ٥/ ٢٩٠.

(٣) راجع العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٥٥.

وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان، وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة، حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام؛ لأن الإشارة تكون بيانًا من القادر فما ظنك من العاجز، ألا ترى أنه - عليه الصلاة والسلام - كان أفصح العرب، ومع هذا أنبأ بالإشارة بقوله « الشهر هكذا »[(١)] الحديث، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أنه - عليه الصلاة والسلام - بلغ الرسالة إلى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما إذا بلغهم بالعبارة، فإذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز، ففي حق الأخرس أولى؛ لأن عجزه أظهر وألزم؛ عادة لأن الغائب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرًا، والأخرس لا يقدر على النطق.

ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مُسْتَبِيْنٌ مرسوم، وهو أن يكون معنونًا أي مصدرًا بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب، فيكون هذا كالنطق فلزم حجة، ومستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فإن هذا يكون لغوًا؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق، فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق.

وبهذه الأشياء تتعين الجهة، وقيل: الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة، والأول أظهر، وغير مستبين، كالكتابة على الهواء أو الماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى.

ولا تكون إشارته وكتابته كالبيان في الحدود؛ لأنها تندرئ بالشبهة؛ لكونها حق اللَّه تعالى فلا حاجة إلى إثباتها، ولعله كان مصدقًا للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد، وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح، والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وفي القصاص اعتبر طلبه؛ لأنه حق العبد، وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ، وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي؛ وهذا لأن الحد لا يثبت ببيانٍ فيه شبهة.

والإجمال أن: الفقه الإسلامي لا يشترط صيغة معينة أو شكلًا معينًا للتعبير عن إرادة المتعاقدين؛ إذ يصح أن يكون هذا التعبير بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل (التعاطي)، وقد عُني الفقهاء المسلمون عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف

---

(١) صحيح البخاري: ٢/ ٦٧٤ برقم: ١٨٠٩، وأحمد في مسنده حديث: ١/ ١٨٤ برقم: ١٥٩٥، وقال البخاري: إسناده صحيح.

الركن الوحيد في انعقاد العقد، وقد عُني بها الجمهور كذلك، باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، ولما كان الرضا أمرًا خفيًّا لا يمكن الاطلاع عليه، وتنوب عنه الصيغة في إبرازه وإظهاره؛ لأنها هي التعبير عنه، وهي الشكل الذي يعتد به في الكشف عنه.

وقد عُني الفقه القانوني كذلك بصيغة العقد من جهة أنها تعبر عن رضا المتعاقدين بالعقد وقصدهما إليه، لكنهم يستخدمون مصطلح « التعبير عن الإرادة » في الدلالة على المعنى الذي يستخدم فيه الفقهاء مصطلح « صيغة العقد »، ولا مشاحة في الاصطلاح.

***

(مادة ٣٤٧): يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانبين، بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم، مالم يصرح البائع مع التعاطي بعدم الرضا[1].

تناولت هذه المادة انعقاد البيع بالتعاطي والتناول.

والتناول والتعاطي في اللغة إنما يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب.

وفي الاصطلاح: هو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول، من ذلك الدخول في محل البيع الكبير وأخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن والتوجه إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون التفوه بلفظ واحد أحيانًا، أو مع تبادل عبارات الشكر الآلية وحدها، ومنه أيضًا: وضع النقود في الآلات الموضوعة في الشوارع للحصول على بعض السلع اليسيرة، كالبسكويت والحلوى والمشروبات الغازية، ويعد نصب هذه الآلات

---

(١) البيع بالتعاطي هو: المبادلة بالفعل، وذكر القدوري: أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة، وهو قول الكرخي أيضًا. ورواية في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة؛ لأن البيع في اللغة والشرع: اسم للمبادلة، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي هي الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليها، والدليل عليه قوله ﷺ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

والتجارة عبارة عن جعل الشراء للغير ببدل، وهو تفسير التعاطي، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعًا، فكان التعاطي في كل ذلك بيعًا، فكان جائزًا، ولو كان التعاطي من أحد الجانبين جاز على الأصح، وبه يفتى إذا لم يصرح معه بعدم الرضا، وقيل: لا بد من الإعطاء من الجانبين، وعليه الأكثر، قاله الطرسوسي، واختاره البزازي، وأفتى به الحلواني، واكتفى القرماني بتسليم المبيع منه بيان الثمن، فتحرر ثلاثة أقوال، وقد تقدم ما عليه الفتوى، وهو جواز التعاطي من أحد الجانبين.

انظر المادة (٢) وشرحها من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، و المادة (١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية والموسوعة الفقهية: ٩/ ١٣.

انظر حاشية الجمل: ٣/ ٩، كشاف القناع: ٣/ ١٤٩.

في أماكنها مع تزويدها بهذه السلع نوعًا من الإيجاب، على حين يعد فعل العميل قبولًا.

ومذهب الأحناف والمالكية: انعقاد العقدْ بالتعاطي مطلقًا، وجوازه في بيع الأشياء الخسيسية والنفيسة؛ لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعًا، فكان التعاطي في كل ذلك بيعًا فكان جائزًا.

وينعقد العقد في التعاطي بقبض البدلين أو بقبض أحدهما، فيكفي لينعقد العقد وضع العميل البضاعة في السلة المعدة لذلك في الجمعيات ومحلات البيع الكبرى، ولا يشترط إقباض الثمن، جاء في فتح القدير: « واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف، والصحيح الثاني، ونص محمد - رحمه اللَّه - على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ».

ويشترط لصحة العقد بالمبادلة الفعلية أن تدل هذه المبادلة على رضًا معتبرٍ شرعًا، فلا تصحح هذه المبادلة المعاملة الفاسدة، ولذا فلو اتفقا على قرض ربويّ وتقابضاه لم يصح، وكذا لو اتفقا على مضاربة فاسدة؛ لتسمية الربح المستحق للمضارب أو لصاحب المال بقدر معين، كألف أو ألفين أو عشرين في المائة من رأس المال لم يصر هذا التعامل إلى الصحة بمجرد التقابض.

ولا يخفى أن جواز التعاطي في انعقاد العقود بدلالته على التراضي، مما يدل على توجه الفقهاء الأحناف ومن حذا حذوهم إلى إعمال الإرادة الباطنة متى اتضحت وتم التعبير عنها، على أي نحو يدل عليها، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بأي فعل.

ومذهب الحنابلة: جواز البيع بالتعاطي كذلك؛ لأن الشارع لم يعين لفظًا في الدلالة على الرضا « فوجب رده إلى العرف كالقبض والحرز، ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولم يُنْقَل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول (بصيغة معينة) في بيعهم، ولو استعمل لنقل نقلًا شائعًا ولبينه النبي ﷺ لعموم البلوى به ولم يخف حكمه ».

أما الشافعي: فلا يجيز البيع بالتعاطي، متفقًا في هذا مع اتجاهه العام إلى التأكيد على الصيغة، والاعتداد بالإرادة الظاهرة، أو الإمعان في اللفظية في إطلاق العلامة السنهوري على هذا الاتجاه[1].

---

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي « دراسة فقهية مقارنة » د. محمد سراج، ص: ٤٢، ٤٣.

(مادة ٣٤٨): يصح أن يكون البيع باتًّا منجزًا، وأن يكون بشرط الخيار، ويجوز أن يكون خيار الشرط للبائع أو للمشتري أو لهما معًا[١].

تناولت هذه المادة حكم البيع بشرط الخيار عن انعقاد البيع بالإيجاب والقبول بالكتابة أو بالإشارة، الأصل في العقد اللزوم من الطرفين، ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك[٢]، وخيار الشرط مركب إضافي صار علمًا في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ[٣].

وفي البحر: فرع: لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط، فلو باعه حمارًا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا، لم يصح، وكذا إذا قال: ما لم يجاوز به إلى الغد.

ويتفق البيع بشرط الخيار في اصطلاح الفقه الإسلامي مع ما جاءت به القوانين المدنية العربية فيما أطلق عليه: البيع بشرط التجربة، وتجيز هذه القوانين اشتراط ذلك إذا اتفق المتعاقدان على مدة معلومة، فإذا لم يتفقا على ذلك انصرفت هذه المدة إلى ما هو معتاد عرفًا، وتوضح ذلك المواد (٤٧٠) وما بعدها من القانون المدني الأردني، ونصوص هذه المواد فيما يلي:

المادة (٤٧٠):

١ - « يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة، فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة.

٢ - ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة ».

المادة (٤٧١):

١ - « يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع، ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.

٢ - إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري، مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولًا ولزم المبيع ».

---

(١) يجوز أن يكون البيع منجزًا، ومقترنًا بشرط يقتضيه ويلائمه ويؤكد موجبه، انظر المعاملات الشرعية المالية ص: ١١٢، شرح البهجة: ٢/ ٤٨٨، كشاف القناع: ٣/ ٢٠٣.

(٢) راجع رد المحتار: ٤/ ٥٦٦.

(٣) المرجع السابق: ٤/ ٥٦٨.

المادة (٤٧٢):

« إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع، وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضمونًا على البائع ».

المادة (٤٧٣):

« يسري حكم البيع بعد التجربة والرضا بالمبيع من تاريخ البيع ».

وتقابل هذه المادة المواد (٣٨٩) مدني سوري، و (٥٢٤، ٥٢٥) مدني عراقي.

* * *

(مادة ٣٤٩): يصح البيع بالشرط الذي يقتضيه العقد، وبالشرط الذي يلائم العقد ويؤكد موجبه، وبالشرط الذي جرى به عرف البلدة وعادتها، ويعتبر الشرط ويصح البيع بالشرط الذي ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لآدمي غيرهما ويلغو الشرط[1].

تناولت هذه المادة حكم الشرط الذي يصح معه البيع، وهو كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع، أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز؛ لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة، وإن كان شرطًا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضًا، كما لو اشترى نعلًا وشراكًا، بشرط أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجًا بينًا، وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر قال: فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد له البيع، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بينا: أنه إذا اشترى عبدًا على أنه لا يبيعه فإن العقد يعجبه أن لا تتناوله الأيدي، وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلًا، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين.

قال: وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبًا بشرط أن يبيع؛ لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغوًا والبيع صحيح، إلا في رواية عن أبي يوسف قال: يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة؛ لأن في هذا الشرط ضررًا على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف.

قال في البحر: معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى

---

(١) نصت المادة (١٨٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن: « البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر...

كونه ملائمًا أن يؤكد موجب العقد، وكذا في الذخيرة، وفي السراج الوهاج: أن يكون راجعًا إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة.

فالشرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يبخس المبيع، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوبًا على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك، فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرًا لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد.

وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضًا؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكدًا إياه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنًا أو كفيلًا، والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل[1].

وقد نصوا على أن البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعًا هي:

شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية، فإن أعطاه الرهن في المجلس جاز استحسانًا، وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل، فلو غائبًا وكفل حين علم فسد، وشرط إحالة المشتري للبائع على غيره بالثمن استحسانًا وفسد لو على أن يحيل البائع بالثمن على المشتري.

وشرط إشهاد على البيع، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام، وشرط نقد، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم، وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب، وشرط قطع الثمار المبيعة أي على المشتري، فإنه يقتضيه العقد تفريغًا لملك البائع عن ملكه، وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها، على المفتى به، وشرط وصف مرغوب فيه، كما مر، وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن، وشرط رده بعيب وجد فيه، وشرط كون الطريق لغير المشتري، وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه في غير الآدمي، أما لو اشترى عبدًا على أن لا يبيعه أو لا يخرجه عن ملكه فسد، وشرط إطعام المشتري المبيع، إلا إذا عين ما يطعم الآدمي، كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصًا فيفسد، وشرط حمل الجارية على التفصيل الذي ذكره الشارح بعد، وشرط كونها

---

(١) راجع بدائع الصنائع: ٥/ ١٧٢.

مغنية؛ لأنه عيب شرعًا فيكون براءة من العيب فإن لم يجدها مغنية فلا خيار له؛ لأنه وجدها سالمة من العيب، وإن شرط المشتري ذلك على وجه الرغبة فسد البيع؛ لشرطه ما هو محرم، ونظيره ما في البزازية: لو شراه على أنه فحل فإذا هو خصي له الرد؛ ولو عكس قال الإمام: الخصاء في العبد عيب، فإذا بان فحلًا صار كأنه شرط العيب فبان سليمًا، وقال الثاني: الخصي أفضل لرغبة الناس فيه فيخير. ا.هـ.

وجزم في الفتح: بقول الثاني، ومقتضاه جريان ذلك في الأمة المغنية، وشرط كون البقرة حلوبًا، وشرط كون الفرس هِملاجًا بكسر الهاء: أي سهل السير بسرعة، وشرط كون الجارية ما ولدت، فلو ظهر أنها كانت ولدت، له الرد، قلت: وظاهره أنه لا يرد بدون هذا الشرط، مع أنه ذكر في البزازية: أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقًا؛ لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدًا وعليه الفتوى، وفي رواية: إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها وعليه الفتوى.

وشرط إيفاء الثمن في بلد آخر، وهذا لو كان الثمن مؤجلًا إلى شهر مثلًا، فالبيع جائز والشرط باطل، إلا أن يكون له مؤنة فيتعين، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد؛ لأنه يصير أجلًا مجهولًا.

وشرط الحمل إلى منزل المشتري فيما له حمل لو بالفارسية، أما في العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل، والعقد يقتضي الأول لا الثاني فيفسد البيع، وشرط حذو النعل، وشرط خرز الخف، وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقاني، وشرط كون الثوب سداسيًّا فإذا وجده خماسيًّا أخذه بكل الثمن أو ترك؛ لأنه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد، وشرط كون السويق ملتوتًا بمن سمن.

وشرط كون الصابون متخذًا من كذا جرة من الزيت، ففيهما: لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار؛ لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر، ومثله ما لو اشترى قميصًا على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه، فظهر من تسعة جاز بلا خيار، قلت: ويشكل عليه مسألة السداسي، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت.

وشرط بيع العبد إلا إذا قال: من فلان، بأن قال: بعتك العبد على أن تبيعه من فلان فإنه يفسد؛ لأن له طالبًا.

وشرط جعلها بيعة والمشتري ذمي بأن اشترى دارًا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع

وبطل الشرط، وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمرًا، وإنما جاز؛ لأن هذا الشرط لا يخرجها عن ملك المشتري ولا مطالب له، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدًا، فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى، وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين، أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد.

وشرط رضا الجيران، بأن اشترى دارًا على أنه إن رضي الجيران أخذها، قال الصفار: لا يجوز، وقال أبو الليث: إن سمى الجيران وقال: إلى ثلاثة أيام جاز. ا.هـ[1].

وإذا ابتعدنا عن هذه التفصيلات إلى الأسس الشرعية العامة وجدنا النصوص الشرعية تؤكد حق المتعاقدين في تعديل آثار العقود بالإضافة إليها أو النقص منها، ففي القرآن الكريم هذا الأصل الموجب للوفاء بالعقود، وذلك في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١]، وقوله: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٩]، ومن السنة قوله ﷺ: « **المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالًا ..** »، وفي رواية: « **عند شروطهم** »، وحديث: « **مقاطع الحقوق عند الشروط** » وحديث: « **كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل** »، وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذه النصوص والنظر إلى الشروط المقترنة بالعقود، فمذهب الأحناف أن الشرط المنهي عنه الذي يفسد العقود هو: كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه نفع لأحدهما أو لأجنبي، ولم يجر العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه.

ومذهب المالكية أن الشرط المناقض لمقصود العقد وأحكامه شرط باطل يصح معه العقد، كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة لأحد أصلًا، أو لا يهبها أو لا يركبها أو لا يلبسها أو لا يسكنها، وقد توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود، ولم يبطلوا منها إلا ما خالف نصًا شرعيًا أو ناقض مقتضى العقد[2].

***

● (مادة ٣٥٠): لا يصح البيع بالشرط الفاسد، وهو ما ليس من مقتضيات العقد، ولا مما يؤكد موجبه، ولا جرى به العرف، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لآدمي غيرهما، بل يفسد

---

(١) راجع رد المحتار: ٤/ ٥٩١.

(٢) راجع حاشية ابن عابدين: ٤/ ١٢٣، وتبيين الحقائق: ٤/ ٥٧، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٩٥، والخرشي: ٥/ ٨٠، والقوانين الفقهية: ١٧١، ونيل الأوطار: ٥/ ١٧٨، وحاشية الجمل على شرح المنهج: ٣/ ٧٤، ٧٥، وتحفة المحتاج: ٤/ ٣٠٠، وكشاف القناع: ٣/ ١٨٩ وما بعدها، والمغني: ٤/ ٢٨٥ وما بعدها، والإنصاف: ٤/ ٣٤٩ وما بعدها.

البيع باقترانه[1].

تقدم أن العقود أسباب لترتب الأحكام الشرعية الثابتة بجعل الشارع، وأن دور العاقدين هو تحصيل الأسباب، وأن الشارع هو الذي حدد الأحكام الأساسية المترتبة على العقود التي يطلق عليها مقتضى العقد، وقد ترك الشارع للعاقدين تنظيم الأخرى غير الأساسية التي لا تعارض هذا المقتضى ولا تتناقض معه، وذلك باشتراط الشروط المحققة لمصلحتهما أو لمصلحة أيٍّ منهما.

وقد استقر المتأخرون من الأحناف على مرجعية العرف السائد في التمييز بين الشروط الصحيحة والفاسدة، مما لا يتناقض مع مقتضى العقد، ولذا فإنه لو اشترط أحد العاقدين شرطًا يؤكد ما يوجبه مقتضى العقد فهو شرط صحيح معتبر، وذلك كاشتراط تسليم المبيع أو الثمن أو الرد بالعيب أو حبس المبيع حتى يقبض الثمن، وكاشتراط المقرض رهنًا بالقرض أو كفيلًا به، أو أن يحيله بقيمته على غيره.

لا يصح البيع بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما، أو فيه نفع لمبيع هو من أهل الاستحقاق للنفع بأن يكون آدميًا، فلو لم يكن كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدًا؛ لأنه شرط لم يجر العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه، أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه، أو ورد الشرع به كخيار شرط فلا فساد، كشرط أن يقطعه البائع ويخيطه قباء.

وفي جامع الفصولين: لو ذكرا البيع بلا شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد؛ إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازمًا لحاجة الناس؛ ولذا لو تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاه يكون بيع وفاء؛ إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة، وبه أفتى في الخيرية وقال: صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد[2].

وإنما أجاز متأخرو الأحناف الشروط المقترنة بالعقد إذا جرى بها العرف، بناء على القواعد القاضية بأن: « العادة محكمة » و « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ».

---

(١) انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣/ ١٣٨، حاشيتا قليوبي وعميرة : ٢/ ٢٢٤ .

(٢) راجع رد المحتار : ٥/ ٨٦، والمبسوط : ٣/ ١٩، والبدائع : ٥/ ١٧١، والخرشي : ٥/ ٨٢، ومواهب الجليل : ٤/ ٣٧٥، والمهذب : ١/ ٢٦٨، والمغني : ٤/ ٤٨، ٢٨٥.

وقد وضع الأحناف في اعتبارهم كذلك أن في الخروج عن العرف حرجًا ومشقة، وقد صححوا لهذا تأجيل قدر من المهر إلى حين وفاة أحد الزوجين أو الفرقة بينهما، كما أجازوا الاتفاق على مسؤولية الآجر أو المستأجر على خراج الأرض، ويتخرج عليه الاتفاق على قيام المالك بدفع ثمن استهلاك المياه أو الكهرباء أو إعادة طلاء المنزل المستأجَر كل فترة معينة.

أما الشروط المعارضة لمقتضى العقد التي لم يجر بها العرف فإنها تفسد ويفسد بها العقد، من ذلك: اشتراط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع، أو ألا يستثمره في وجه من الوجوه، أو ألا يهبه أو لا يخرجه من البلد، فهذه كلها شروط فاسدة يفسد بها العقد، أو تفسد هي دون العقد على الخلاف بين الفقهاء.

وقد جاء في المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني النص على تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، إذا كانت تؤكد مقتضاه أو تلائمه، أو جرى بها عرف التعامل، وكان فيها نفع لأحد العاقدين أو للغير، ما لم يمنع منها الشرع أو تخالف النظام العام والآداب، وتتفق هذه المادة مع المواد (١٢٦ و ١٣٠) مدني عراقي، و (١٣٦) سوري.

***

● (مادة ٣٥١): لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة، ولا يصح إضافته إلى وقت مستقبل[١].

الأصل في العقود التنجيز، بحيث تترتب آثارها عليها فور إنشائها، إلا العقود التي تحتمل الإضافة إلى المستقبل بطبيعتها كالوصية والإيصاء، أو بالاتفاق على تأخير ترتب آثارها كالإجارة، حيث يصح أن يقول: أجرتك داري عامين بدءًا من الشهر القادم، فينعقد العقد في الحال، ويتراخى ترتب أثره إلى الوقت المحدد في العقد، أما العقود التي لا تقبل الإضافة ولا التعليق فإنها عقود لا تكون إلا ناجزة؛ وذلك كالبيع والهبة والصلح على مال والزواج والإبراء عن الدَّيْن والقسمة والشركة والرجعة، وإنما ذلك لأن هذه العقود تقتضي ترتب آثارها عليها في الحال، فإذا أضيفت إلى المستقبل أو علقت بشرط يحتمل حدوثه في المستقبل تأخرت آثارها، فلا يجوز البيع إن اتفقا عليه إذا رضي به الأب أو الأخ أو فلانة، أو إن سافرت، أو إن جاء أخي من سفره؛ لأن فيه من الجهالة في ترتب الالتزامات ما لا يخفى، مما يؤدي إلى التنازع والتشاحن، وإنما يصح التعليق في التصرفات التي لا تؤدي الجهالة

---

(١) انظر كتاب شرح مختصر خليل للخرشي : ٥/ ٣٧، كتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣/ ٤٥٩.

فيها إلى المنازعة، وذلك في الإسقاطات كالتنازل عن الشفعة.

وقد ضبط الأحناف ما لا تصح إضافته من العقود إلى المستقبل، وذكروا أنها عشرة: البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة، والشركة، والهبة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين؛ فإن هذه الأشياء تمليكات فلا يجوز إضافتها إلى الزمان، كما لا يجوز تعليقها بالشرط؛ لما فيه من معنى القمار.

وذكروا: أن ما يصح إضافته إلى المستقبل أربعة عشر: الإجارة، وفسخها، أما الإجارة فلأنها تمليك المنافع ووجودها لا يتصور في الحال فتكون مضافة ضرورة، وأما فسخها فمعتبر بها فيجوز مضافًا، كما أن فسخ البيع وهو الإقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى الزمان كالبيع، والمزارعة، والمعاملة فإنهما إجارة، ويراعى فيهما شرائطها، والمضاربة، والوكالة فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات، والكفالة فإنها من باب الالتزامات فيجوز إضافتها إلى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم كما تقرر في موضعه، بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط مطلقًا، والإيصاء أي جعل الشخص وصيًّا والوصي بالمال؛ لأنهما لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما، والقضاء، والإمارة فإنهما تولية وتفويض محض فجاز إضافتهما، والطلاق، والعتاق فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات وهو ظاهر، والوقف فإن تعليقه إلى ما بعد الموت جائز[١].

***

● **(مادة ٣٥٢): يصح بيع المؤجل بالمعجل في السَّلَم بشروطه[٢].**

في البيوع المباحة الصور التالية:

الأولى: بيع عاجل بعاجل، أي تسليم البائع المشتري العين المباعة حالًا، وكذلك تسليم المشتري البائع الثمن حالًا.

الثانية: بيع عاجل بآجل، وذلك بتسليم البائع المشتري العين المباعة حالًا، ويكون الثمن مؤجلًا على المشتري، وهو مباح؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وعنه ﷺ « أنه اشترى من يهودي ثوبًا إلى أجل ورهنه درعه »[٣]، ولا بد فيه أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه في قريب المدة، وذلك

(١) درر الحكام: ٢/ ٢٠٢، تبيين الحقائق: ٤/ ١٣٣، رد المحتار: ٥/ ٢٥٦.

(٢) انظر كتاب مواهب الجليل: ٤/ ٥١٥، كتاب شرح البهجة: ٣/ ٥٢، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٨٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٧٢٩ برقم: ٢٠٨٨، وفي صحيح مسلم: ٣/ ١٢٢٦ برقم: ١٦٠٣.

يسلم في بعيدها، مما يؤدي إلى المنازعة، فإذا جهل وقته فسد البيع، كالبيع إلى الحصاد إن مات البائع لا يبطل الأجل، وإن مات المشتري حل المال؛ لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، وإذا منع البائع السلعة سنة الأجل فللمشتري أجل سنة ثانية، إذا كان تأجيل الثمن إلى سنة غير معينة، وقالا: ليس له ذلك[1].

الثالثة: بيع آجل بعاجل، وهو السلم، ويكون بتسليم المشتري البائع الثمن معجلًا، وتكون العين المباعة مؤجلة في ذمة البائع؛ إذ السلم أخذ عاجل بآجل، وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال، اختص باسم؛ لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه، وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر كالصرف.

ودليل مشروعية السلم من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال ابن عباس: أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية، وتلا هذه الآية.

ومن السنة: ما روي أن النبي ﷺ: « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم » وإنما جوزه للحاجة بطريق إقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصة؛ لأن بالوجود في ملكه يقدر على التسليم، وبالأجل كذلك، فإنه يقدر على التسليم إما بالتكسب في المدة أو مجيء أوان الحصاد في الطعام، وفي الحديث عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال - صلوات الله تعالى عليه -: « **من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم** »[2] فأقرهم على أصل العقد.

والشرائط التي يحتاج إلى ذكرها في السلم عند أبي حنيفة سبعة: إعلام الجنس في المسلم فيه، وإعلام النوع، وإعلام القدر، وإعلام الصفة، وإعلام الأجل، وإعلام المكان الذي يوفيه فيه فيما له حمل ومؤنة، وإعلام قدر رأس المال، والأصل في هذه الشرائط الحديث الذي روينا، فإن رسول الله ﷺ أمر بإعلام القدر؛ ولأن ترك إعلامه يفضي إلى المنازعة التي تمنع البائع عن التسليم والتسلم، فدل ذلك على أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب إزالتها بالإعلام، وجهالة الجنس تفضي إلى ذلك؛ لأنه إذا أسلم

---

(١) راجع درر الحكام: ٢/ ١٤٦.

(٢) صحيح البخاري حديث: ٢/ ٧٨١ برقم: ٢١١٤، وأبو داود في السنن حديث: ٣/ ٢٧٥ برقم: ٣٤٦٣، والحديث صححه البخاري.

في شيء فَرَبُّ السلم يطالبه بأعلى الأشياء، والمسلم إليه لا يعطي إلا أدنى الأشياء، ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم، فلا بد من إعلام الجنس لقطع هذه المنازعة.

وكذلك إعلام النوع، فإنه إذا أسلم إليه في تمر فالمسلم إليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي، ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم، فلا بد من إعلام النوع لقطع هذه المنازعة.

وكذلك إعلام الصفة؛ لأنه إذا أسلم إليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة، والمسلم إليه لا يسلم إلا الرديء، ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة، فلا بد من بيان الصفة؛ لقطع هذه الخصومة.

وإعلام القدر منصوص عليه في الحديث وجهالته تفضي إلى المنازعة؛ ولأن المقصود بهذا العقد الاسترباح، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة مقدار المالية، والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر، فلا بد من إعلام ذلك كله ليصير ما هو المقصود لكل واحد منهما معلومًا له.

فأما الأجل فهو من شرائط السلم عندنا، وقال الشافعي: الأجل يثبت ترفيهًا لا شرطًا، حتى يجوز السلم عندنا حالًّا في الموجود، فأما في المعدوم لا يجوز السلم إلا مؤجلًا، واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم، فأثبت في السلم رخصة مطلقة، واشتراط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص، والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الأجل فيه ترفيهًا لا شرطًا كالبيع والإجارة؛ وهذا لأن المسلم فيه دين، وشرط جواز العقد القدرة على التسليم، وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم، والظاهر من حال العاقل أنه لا يقدم على التزام تسليم ما لا يقدر على تسليمه، فإذا قيل: السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر أنه قادر على تسليمه، وذلك يكفي لجواز العقد، وإن لم يكن قادرًا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم، ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه؛ ولذا فإنه باع ما لا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد، كما لو قيل: السلم في المعدوم حالًّا.

وبيان ذلك أن: عقد السلم من عقود المفاليس فإنه يكون بدون ثمن المثل، ولو كان موجودًا في ملكه لكان يبيعه بأوفى الأثمان، ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة، ولا يقال: إنه إنما يقبل السلم فيه لإسقاط مؤنة الإحضار والإراءة للمشتري فيه؛ لأن صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ما ليس عند الإنسان، وبالإجماع: المراد بيع ما ليس في ملكه، فإن ما في ملكه

وإن لم يكن حاضرًا يجوز بيعه إذا كان المشتري رآه قبل ذلك، وما ليس في ملكه، وإن كان حاضرًا لا يجوز بيعه، فعرفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه، وبالعقد لا يصير قادرًا على التسليم؛ لأن العقد سبب للوجوب عليه لا له، فلا تثبت به قدرته على التسليم، وإنما تكون قدرته بالاكتساب، ويحتاج ذلك إلى مدة، فإذا كان مؤجلًا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم، وإذا كان حالًا يظهر المانع.

والدليل عليه أن: بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولًا، فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالًا لم يجب تسليم رأس المال أولًا؛ لأن قيمة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم، ويتضح هذا فيما إذا كان رأس المال عينًا، فإن أول التسليم في البدل الذي هو دين كالثمن في بيع العين[١].

***

● (مادة ٣٥٣): مصاريف عقد البيع فيما يتعلق بتسليم المبيع، كأجرة كيل ووزن مبيع إذا بيع بهما على البائع، وكذا أجرة دلال إذا باع بنفسه، فلو سعى بين المتبايعين حتى باع المالك بنفسه يعتبر العرف، وفيما يتعلق بتسليم الثمن، كأجرة نقده ووزنه على المشترى، وكذا أجرة كتابة السندات والحجج تكون على المشتري[٢].

الأصل أن تسليم المبيع على البائع، فكل ما هو من تمامه عليه، فأجرة الكيل على البائع فيما إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعدُّه على البائع؛ لأن الكيل والوزن والذرع والعدَّ فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معادة من تمام التسليم، وتسليم المبيع على البائع، فكذا تمامه.

وكذلك تسليم الثمن على المشتري، وعليه فكل ما هو من تمامه عليه، وليس له أخذ شيء من البائع، فأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري؛ لأن الوزن من تمام التسليم، وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه، وكذا يجب عليه تسليم الجيد؛ لأن حق البائع تعلق به فيكون أجرة من يميز ذلك عليه؛ إذ هو المحتاج إليه، وقيل: أجرة نقد الثمن على البائع؛ لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره، فكان هو المحتاج إليه فتكون أجرته عليه.

---

(١) راجع المبسوط: ١٢/ ١٢٧.

(٢) نصت المادة (٣١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن: « ما كان من تسليم المبيع، فأجرته على البائع... ».

وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع، وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف، وليس له أخذ شيء من المشتري؛ لأنه هو العاقد حقيقة[١].

***

(١) راجع تبيين الحقائق: ٤/ ١٤، البحر الرائق: ٥/ ٣٣١، مجمع الأنهر: ٢/ ٢١، رد المحتار: ٤/ ٥٦١.

الفَصْلُ الثَّانِي

في العاقدين

● (مادة ٣٥٤): **يشترط لانعقاد البيع أن يكون كل من العاقدين أهلًا للعقد (أي عاقلًا مميزًا) فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الغير المميز.**

يشترط في العاقد أن يكون عاقلًا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، فأما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، حتى لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفًا على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، وعند الشافعي شرط، فلا تنعقد تصرفات الصبي عنده أصلًا، وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه، حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع، وينعقد بيع العبد المحجور إذا باع مال مولاه موقوفًا على إجازته عندنا، وكذا الملك أو الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا، بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولي، وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلًا[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: «يشترط لانعقاد البيع:

١ - أن يكون العاقدان أهلًا للتعاقد، ويتم العقد بعبارة الأب وحده.

٢ - أن يوافق القبولُ الإيجابَ، ويتصل به في المجلس.

٣ - أن يكون المعقود عليه مالًا موجودًا متقومًا مملوكًا مقدور التسليم.

ولا يشترط البلوغ، فلو باع الصبي المميز مال نفسه ينعقد موقوفًا على إجازة وليه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ، والبلوغ ليس شرطًا للنفاذ في الجملة حتى لو توكَّل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه».

* * *

● (مادة ٣٥٥): **يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكًا لما يبيعه، أو وكيلًا لمالكه أو وليه أو وصيه، وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه، وأن لا يتعلق بالمبيع حق الغير.**

من شروط انعقاد البيع أن يكون المبيع مملوكًا للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينعقد،

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠١، وانظر المادة (٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة، فإنه روي أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم، فبلغ ذلك رسول اللّه ﷺ فقال: « لا تبع ما ليس عندك »[١]، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره فإن كان البائع وكيلًا أو كفيلًا لم يشترط كون المبيع مملوكًا للبائع[٢]، وإن كان فضوليًّا فليس الملك بشرط لانعقاد البيع، بل من شرائط النفاذ؛ إذ بيع الفضولي يكون منعقدًا موقوفًا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإن رد بطل.

وفي المادة (١٠٨) مدني أردني أنه: « يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم يقصد القانون بغير ذلك » وتستند هذه المادة إلى ما جاء في المادة (١٤٤٩) من المجلة العدلية.

***

(مادة ٣٥٦): يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير إكراه ولا إجبار.

من شروط انعقاد العقد: الرضا؛ لقول اللّه تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] عقيب قوله عز اسمه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال ﷺ: « لا يحل مال امرئ - يعني مسلمًا - إلا بطيب من نفسه »[٣]، فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرهًا وسلم مكرهًا لعدم الرضا[٤]، فأما إذا باع مكرهًا وسلم طائعًا فالبيع صحيح.

ومثل هذا لم يرد في البيع، وعلى هذا يخرج بيع المنابذة، والملامسة، والحصاة الذي كان يفعله أهل الجاهلية: كان الرجلان يتساومان السلعة فإذا أراد أحدهما إلزام البيع نبذ السلعة إلى المشتري، فيلزم البيع رضي المشتري أم سخط، أو لمسها المشتري، أو وضع عليها حصاة، فجاء الإسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله.

وعلى هذا يخرج بيع التلجئة، وجملة الكلام فيه: أن التلجئة في الأصل لا تخلو إما أن تكون في نفس البيع، وإما أن تكون في الثمن، فإن كانت في نفس البيع، فإما أن تكون في إنشاء البيع، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن كانت في إنشاء البيع بأن تواضعوا في السر لأمر ألجأهم إليه على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة وإنما هو إعلان وسمعة، نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري، وليس ببيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة فتبايعا، فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد؛

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٣ برقم: ٣٥٠٣.
(٢) بدائع الصنائع: ٥/ ٢١٩.
(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٨/ ١٨٢ برقم: ١٦٥٣٣.
(٤) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٦٢.

لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة.

فأما إذا كانت في الثمن، فإن كانت في قدره؛ بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفًا ويتبايعان في الظاهر بألفين، فإن لم يقولا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة، فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد، والمذكور عند العقد ألفان، فإن لم يذكرا: أن أحدهما رياء وسمعة، صحت تسمية الألفين، وإن قالا عند المواضعة: ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وإن كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الأول، وإن كان من جنس الأول فالعقد هو العقد الثاني؛ لأن البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثاني، لكن بالثمن الأول والزيادة باطلة؛ لأنهما أبطلاها حيث هزلا بها.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة الثانية من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية وشرحها على مذهب الإمام أبي حنيفة، حيث ورد فيها أن: « ينعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما »[1].

وبهذا فإن الاتفاق في الفقه والقانون على أنه لا يكفي توافر أهلية العاقدين لانعقاد العقد، بل يجب أن تسلم إرادتهما من العيوب المؤثرة في تحقيق رضاهما بعد، وتشمل هذه العيوب كلًا من الإكراه والتغرير والغبن والغلط، ويفرق الحنفية بين الرضا والاختيار فيجعلون الرضا منصرفًا إلى حكم العقد، والاختيار منصرفًا إلى العبارة، في حين أن المالكية والشافعية والحنابلة يجعلون الرضا والاختيار شيئًا واحدًا هو توجه الإرادة إلى إنشاء العقد، بالعبارة الدالة عليه قصدًا إلى تحقيق أحكامه المترتبة عليه، والإكراه كما جاء في المادة (١٣٥) مدني أردني هو: « إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملًا دون رضاه، ويكون ماديًا ومعنويًا ».

وينقسم الإكراه طبقًا لما جاء في المادة (١٣٦) من هذا القانون إلى: ملجئ، إذا تحقق بالتهديد بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم أو المال، ويكون غير ملجئ، إذا كان تهديدًا بما دون ذلك، والإكراه الملجئ كما جاء في المادة (١٣٨) من هذا القانون « يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ».

ولذا فإن المادة (١٤١) مدني أردني وما يقابلها من القوانين المدنية العربية تنص على

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٧٤، ٧٥، ابن عابدين: ٤/ ٥ - ١٢، بدائع الصنائع: ١٣٣، ١٣٤.

أن: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا ».

***

● (مادة ٣٥٧): إيماء الأخرس خلقةً - أي إشارته المعروفة - كالبيان باللسان، فإذا باع الأخرس أو اشترى شيئًا بإشارته المعروفة صح بيعه وشراؤه، وإشارته معتبرة وإن كان قادرًا على الكتابة، وكتابته كإشارته.

النطق ليس بشرط في التعبير عن الإرادة، فكما يجوز التعبير عنها باللفظ فإنه يجوز بالكتابة وبالإشارة المعهودة، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك؛ لأن الإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٧٤) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس »؛ لأنها تقوم مقام خطابه وبيانه، ولا ينعقد البيع عند الأحناف بإشارة المتكلم؛ لأن الأصل بالإيجاب والقبول التلفظ، والإشارة قبلت من الأخرس للحاجة، والحاجة تقدر بقدرها، أما لو قال المشتري للبائع: أخذت منك هذا المال بكذا، هل أنت راض؟ فحرك البائع رأسه إشارة تدل على الرضا انعقد البيع؛ لأن الإشارة بيان؛ ولأن السكوت في معرض الحاجة قرار.

ويتفق أيضًا مع ما ورد في المادة (٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تتضمن النص على أنه:

« يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول الإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس؛ لأنها تقوم مقام عبارته ».

وفي المادة (٩٣) مدني أردني النص على أن: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفًا ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على التراضي ».

وتجدر الإشارة إلى توسع المالكية في تصحيح التعبير عن الإرادة بالإشارة؛ إذ يستوي في ذلك عندهم الأخرس وغير الأخرس، وقد نصوا على انعقاد العقد بما يدل على الرضا عرفًا، سواء دل عليه لغة أو لم يدل، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة، ولا تتقيد الإشارة

---

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٢، ٢٠٣.

التي ينعقد بها العقد بأن تكون من الأخرس.

* * *

(مادة ٣٥٨): بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل، فإن أجازوه جاز وإن لم يجيزوه بطل.

تصرف المريض مرض الموت مقيد بعدم إضراره بورثته؛ لتعلق حقوقهم بتركته ابتداء من حدوث المرض؛ فلو باع شيئًا من ماله لأحد ورثته ولو بثمن المثل عند أبي حنيفة فيصير ذلك موقوفًا على إجازة سائر الورثة، فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع، وإن لم يجيزوه لم ينفذ، ولا تعتبر الإجازة إذا وقعت قبل الوفاة؛ لأن حق الوارث لا يثبت إلا بعد وفاة المورث، ويجوز للمريض مرض الموت عند أبي يوسف ومحمد أن يبيع ماله لوارثه بثمن المثل أو بضعف القيمة، ويجوز كذلك عندهما شراء المريض من وارثه بثمن المثل أو بأقل منه خلافًا.

والوارث المقصود هنا هو من كان وارثًا حين الوفاة؛ لذلك إذا كان وارثًا قبل الوفاة وبطل إرثه بسبب حجبه من غيره يكون كالأجنبي، وكذا غير الوارث إذا صار وارثًا عند الوفاة فالبيع له والشراء منه باطل.

أما تصرفات المريض مرض الموت لغير الوارث بالتبرع أو المحاباة فتأخذ حكم الوصية وتتقيد بالثلث، فلو باع بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة، وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثمن المثل صح البيع ونفذ، وقد اتجهت القوانين العربية إلى تصحيح تصرف المريض مرض الموت للوارث بمحاباته من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة، فالمادة (٤٤٥) مدني سوري، والمادة (٣٧) من قانون الوصية المصري تنصان على جواز الوصية للوارث بدون رضا الورثة في حدود ثلث التركة، وطبقًا لذلك فإنه إذا كان البيع بالمحاباة خاضعًا لأحكام الوصية فإنه ينفذ من المريض مرض الموت إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن في حدود ثلث التركة.

* * *

(مادة ٣٥٩): يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين[1].

اتفق الفقهاء على أن المريض إذا باع شيئًا من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل أو بما يتغابن

---

(١) راجع تنقيح الحامدية من إقرار المريض.

الناس بمثله، فبيعه صحيح نافذ؛ لأن المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته[1]، فإن مرض الموت لا يؤثر في أهليته، ولو كان المريض مدينًا بدين مستغرق فإن البيع صحيح نافذ على العوض المسمى إذا لم ينقص عن ثمن المثل، ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها، والمدين وإن كان قد أخرج شيئًا من ملكه بهذا البيع فإنه قد أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي للقيمة، أما إذا كان البيع بأقل من ثمن المثل فلا ينفذ، سواء كان الغبن يسيرًا أو كثيرًا إلا برضا الدائنين؛ لتعلق حقهم بمال المدين وفاء لدينهم، فإن لم يجيزوا خُيِّر المشتري بين بلوغ المبيع قيمة المثل؛ منعًا للإضرار بالدائنين، وبين فسخ العقد، فإن تعذر الفسخ لهلاك المبيع أو تصرفه فيه تصرفًا ناقلًا للملك لزمه إتمام الثمن إلى ثمن المثل.

* * *

● (مادة ٣٦٠): إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصًا في الثمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله، فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين، بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يُخيَّر المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد على الثلث لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع.

إذا باع المريض شيئًا من ماله لأجنبي وحاباه في البيع، فإن كانت المحاباة بحيث يحملها ثلث التركة فإن البيع صحيح نافذ على البدل المسمى؛ لأن المريض له أن يتبرع لغير وارثه بثلث ماله، ويكون هذا التبرع نافذًا، وإن لم يجزه الورثة.

أما إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث ماله، فإن أجازها الورثة نفذت؛ لأن المنع كان لحقهم، وقد أسقطوه، وإن لم يجيزوها وزادت المحاباة على الثلث، فيخير المشتري بين أن يدفع للورثة قيمة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ويأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكنًا[2].

وهذه المادة تتفق مع ما ورد في مادة (٣٩٤) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « إذا باع المريض في مرض موته شيئًا لأجنبي بثمن المثل صح بيعه، وإن باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله، فإن كان الثلث وافيًا به صح، وإن كان الثلث لا يفي به لزم المشتري إكمال ما نقص من ثمن المثل وإعطاؤه للورثة، فإن أكمل لزم البيع، وإلا كان للورثة فسخه.

---

(١) الموسوعة الفقهية: ٣٧/ ١٦، والمراجع المثبتة هناك. (٢) الموسوعة الفقهية: ٣٧/ ١٦.

مثلًا: لو كان شخص لا يملك إلا دارًا تساوي ألفًا وخمسمائة قرش، فباع الدار المذكورة في مرض موته لأجنبي غير وارث له بألف قرش وسلمها له ثم مات، فبما أن ثلث ماله يفي بما حابى به وهو خمسمائة قرش كان هذا البيع صحيحًا معتبرًا، وليس للورثة فسخه حينئذٍ، وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري فبما أن ثلث ماله الذي هو خمسمائة قرش يعدل نصف ما حابى به وهو ألف قرش، فحينئذ للورثة أن يطلبوا من المشتري نصف ما حابى به مورثهم وهو خمسمائة قرش، فإن أداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع، وإن لم يؤدها كان للورثة فسخ البيع واسترداد الدار ».

وكذا الحكم بالشراء، وإذا كان المشتري مخيرًا بخيار الشرط ثم مرض في مدة الخيار وأسقط خياره، أو سقط الخيار بانقضاء مدته يكون البيع نافذًا إذا كان لا محاباة فيه، وإلا يكلف البائع إكمال الثمن، وإذا امتنع يفسخ البيع.

***

● (مادة ٣٦١): إذا باع المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان مديونًا بدين مستغرق لماله فلا تصح المحاباة، سواء أجازته الورثة أم لم يجيزوه، ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة، وإلا فسخ البيع، فإن كان قد تصرف في المبيع قبل الفسخ تلزمه قيمته بالغة ما بلغت[١].

تناولت هذه المادة بيع المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة، وأنه لا تنفذ المحاباة، سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين؛ لتعلق حقهم بماله، فإن لم يجيزوها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته، وبين فسخ العقد وأخذ مادفعه من الثمن[٢].

جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية أنه: سئل في رجل باع في مرض موته حصة معلومة من غراس معلوم من شريكيه فيه لأجنبيين عنه بثمن معلوم مقبوض، وفيه محاباة، وعليه دين محيط بتركته، فهل يقال للشريكين: إما أن تتما القيمة أو تفسخا البيع؟

الجواب: قال في العمادية من أول باب البيع أن: المريض الذي عليه دين محيط بماله إذا باع عينًا من أعيان ماله من أجنبي بغبن يسير لا تصح المحاباة عند الكل، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، ويقال للمشتري: إن شئت فبلغ تمام القيمة، وإن شئت فافسخ البيع، وإن لم يكن عليه دين يجوز إن كانت المحاباة بقدر الثلث.ا.هـ[٣].

---

(١) دليله في تنقيح الحامدية من باب إقرار المريض « فتعتبر المحاباة ولو يسيرة مع استغراق الدين » من ص: ٦٧.

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٧/ ١٨.

(٣) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢/ ٥٩.

وجاء في المادة (٣٩٥) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « إذا باع رجل في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل، ثم مات مديونًا وتركته مستغرقة، كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة، فإن لم يفعل فسخوا البيع »[1].

أما إذا كان في البيع محاباة للمشتري، فلا تنفذ المحاباة، سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين؛ لتعلق حقهم بماله، فإن لم يجيزوا خُيِّر المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته، ولا اعتراض للدائنين عليه؛ إذ لا ضرر يلحقهم، وبين فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكنًا، أما إذا تعذر الفسخ، كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة.

***

(مادة ٣٦٢): لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه، وله أن يشتري من الوصي شيئًا من مال اليتيم أو يبيع ماله من اليتيم، ويقبل وصيه، وإن كان هو الذي أقامه وصيًّا.

تناولت هذه المادة بيع القاضي مال اليتيم من نفسه أو بيعه مال نفسه من اليتيم: أنه لا يجوز؛ وذلك لأن بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم، وحكم القاضي لنفسه باطل، وجاء في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد، في القاضي إذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه الصغير، وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته له: أنه لا يجوز؛ لأن نكاح القاضي يكون على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له، قال الناطفي في أجناسه من مسائل البيوع: ذكر محمد في السير الكبير أن بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز.

وفي واقعات الناطفي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز، وإن كان القاضي هو الذي جعله وصيًّا؛ لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي، وكذا إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي، وقبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه، وكذلك الجواب في أمين القاضي.

والأب إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح ضمانه.

وفي نوادر بشر: عن أبي يوسف أنه إذا اشترى القاضي من متاع اليتيم لنفسه شيئًا فهو بمنزلة

---

(١) انظر المادة (٣٩٥) من مجلة الأحكام العدلية.

الوصي، فإذا رفع إلى قاض آخر نظر فيه، فإن كان خيرًا لليتيم أجازه وإلا لم يجزه، وكره القاضي شراءه[1].

وجاء في الفتاوى الهندية: « القاضي إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى مال اليتيم لنفسه لا يجوز... »[2].

***

(مادة ٣٦٣): يجوز للأب الذي له ولاية على ولده الصغير أو الكبير الملحق به أن يبيع ماله لولده، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش.

ولا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده قيمًا فيأخذ الثمن من الأب، ثم يسلمه إليه ليحفظه لولده، وإن باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضًا له بمجرد البيع، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب.

تناولت هذه المادة جواز بيع الأب مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير يغتفر في تعاملات الناس، وهو كالأجنبي في مال الصغير، فإذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان لم يبرأ عنه، حتى ينصب القاضي قيمًا يأخذ البدل المضمون ويحفظه للصغير، وفي الهاروني: الثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده فلا يبرأ الأب منه حتى يكون في يده عن ابنه وديعة، وإذا باع داره من ابنه في عياله، والأب ساكن فيها لا يصير الابن قابضًا حتى يفرغها الأب، حتى لو انهدمت الدار والأب فيها يكون الهلاك على الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب صار الابن قابضًا، فإن عاد الأب بعدما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعًا أو أسكنها عياله وكان غنيًّا صار بمنزلة الغاصب.

وفي الهاروني: ولو باع الأب من ابنه الصغير جبة، وهي على الأب، أو طيلسانًا هو لابسه أو خاتمًا في أصبعه لا يصير الابن قابضًا حتى ينزع ذلك الأب، وكذلك في الدابة والأب راكبها، وكذلك إن كان عليها حمل حتى ينزعه عنها[3].

« والثمن الذي لزم بشراء مال ولده لنفسه لا يبرأ منه، حتى ينصب القاضي وكيلًا عن الصغير فيقبضه من أبيه، ثم يردَّه إليه فيكون وديعة من ابنه في يده »[4].

---

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٠.

(٢) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٧٦.

(٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٢٥٩.

(٤) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٧٣، ١٧٤.

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (٩٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

« ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة »[٢]، ومع المادة (٩٩) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها[٣]:

١ - « يقع باطلًا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلًا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها »[٤].

* * *

(مادة ٣٦٤)[٥]: لا يجوز للوصي المقام من قبل القاضي أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم من نفسه، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه مطلقًا، سواء كان في ذلك خير لليتيم أم لا، فلو اشترى هذا الوصي من القاضي أو باع جاز.

تناولت هذه المادة حكم شراء وصي القاضي لنفسه شيئًا من مال اليتم أو بيعه من نفسه، وأن ذلك لا يجوز بكل حال؛ لأنه وكيل يعمل لمصلحة موكله لا لمصلحة نفسه.

وقال المتأخرون من الأحناف: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير، إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى، وهو يشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك[٦].

ووصي القاضي كالقاضي في ذلك؛ لأن وصي القاضي وكيل محض، والوكيل لا يملك

---

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٥) ص: ٢٢.

(٢) تتفق المادة المذكورة مع المادة (١١٠) من مشروع القانون المدني المصري، و المادة (١١٧) من المدني الأردني، و المادة (٩٦) من المدني العراقي، والمادة (٨٦/ ١) من المدني الكويتي.

(٣) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٩) ص: ٢٣.

(٤) تتفق هذه المادة مع المواد (١١٤) من مشروع القانون المدني المصري، و(١٠٧) مدني عراقي، ونصها: « المعتوه هو في حكم الصغير المميز »، و المادة (١٠٨) من مشروع القانون المدني المصري، ونصها: « المجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل »، و المادة (١٢٨) مدني أردني، ونصها:

١ - « المعتوه هو في حكم الصغير المميز.

٢ - المجنون المطبق هو في حكم الصغير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل ».

والمواد (٨٨، ٩٩، ١٠٠) من المدني الكويتي.

(٥) المواد من رقم (٣٦٤) إلى رقم (٤٣٦) ذكرت في طبعة دار الفرجاني خطأً فلم يذكر رقم المادة (٣٦٤).

(٦) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٤.

البيع والشراء لنفسه، وهو أولى من الوصي المختار من الأب في ألَّا يصح انفراده ببيع وشراء مال أحد اليتيمين للآخر؛ لأن ذلك أقوى منه، إذ هو مختار الأب، ولا يجوز له ذلك، فأولى منه بعدم الجواز من ليس مختارًا للأب، يوضحه: أن القاضي الذي عينه وصيًّا لا يملك ذلك فكان فعله بعدم الجواز أحرى[1].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون موقوفة لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون ».

***

(مادة ٣٦٥): لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أن يبيع مال نفسه لليتيم، ولا أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم، والخيرية في العقار هو أن يشتريه بضعف قيمته وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته، والخيرية في المنقول أن يشتريه بثمن زائد على قيمته بمقدار الثلث، وأن يبيعه إليه بثمن ناقص عن قيمته بمقدار الثلث أيضًا[3].

تناولت هذه المادة بيع الوصي المختار وشراءه لنفسه؛ فلو اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه جاز في قول أبي حنيفة إذا كان خيرًا لليتيم، والخيرية في غير العقار ما قال شمس الأئمة: أن يبيع مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة، وأن يشتري لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وتفسير الخيرية في العقار عند البعض: أن يشتري لنفسه بضعف القيمة، وأن يبيع من اليتيم بنصف القيمة[4].

وقال المتأخرون من الأحناف: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر

---

(١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص: ١١٤.

(٢) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٩٦) ص: ٢٣.

(٣) تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٩٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٧٥، ١٧٦.

الشهيد: وبه يفتى، وأطلق المصنف في البيع والشراء، فشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك[١].

(١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٨/ ٥٣٤.

باب: في شروط المبيع وفيما لا يجوز بيعه وما لا يجوز في كيفية المبيع

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في شروط المبيع وأوصافه

(مادة ٣٦٦): يشترط أن يكون المبيع موجودًا، وأن يكون مالًا متقومًا مقدور التسليم، وأن يكون معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة[1].

تناولت هذه المادة شروط المبيع، أما ما يرجع إلى المعقود عليه منها، فالشروط أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم، كبيع نتاج النتاج، كما لو قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لاحتمال انتفاخ الضرع.

وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره؛ لأنهما معدومان، وإن كان بعد الطلوع جاز، وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك، ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلًا لا ينعقد.

واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها »[2]؛ ولأنه إذا لم يبد صلاحها لم يكن منتفعًا بها، فلا تكون مالًا فلا يجوز بيعها، والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « **من باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع** »[3]، جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا، دلَّ أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه، وهو أنه باع ثمرة موجودة، وهي بعرض أن تصير منتفعًا بها،

(١) يشترط في المبيع لانعقاد البيع عدة شروط:
١ - أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع ثمرة لم تبرز أصلًا.
٢ - أن يكون مالًا متقومًا، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال أو ما ليس بمتقوم.
٣ - أن يكون مقدور التسليم، فلا يصح بيع طير في الهواء بعد انفلاته من صائده.
٤ - أن يكون معلومًا.
٥ - أن تكون معاوضته بغيره مفيدة.
مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص : ١٦٢ - ١٦٣.

(٢) صحيح البخاري : ٢/ ٧٦٦ برقم ٢٠٨٢.

(٣) سنن أبي داود: ٣/ ٢٦٨ برقم ٣٤٣٣.

وإن لم يكن منتفعًا بها في الحال فيجوز بيعها، كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر، والجحش، والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها؛ بأن باعها ثمرًا وهي بسر، أو باعها عنبًا وهي حصرم، دليل صحة هذا التأويل قوله - عليه الصلاة والسلام - في سياق الحديث: « **أرأيت إن منع اللَّه الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟** »[1]، ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودًا؛ لأن المنع منع الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض، كالبطيخ، والباذنجان، فيجوز بيع ما ظهر منه، ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه للضرورة؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج.

ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة، فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري.

ومنها: أن يكون مالًا؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه لما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « **أعتقها ولدها** »[2]، وروي عنه ﷺ أنه قال في أم الولد: « **لا تباع ولا توهب يستمتع منها صاحبها حياته فإن مات فهي حرة** »[3]، نفى - عليه الصلاة والسلام - جواز بيعها مطلقًا وسماها حرة، فلا تكون مالًا على الإطلاق خصوصًا على أصل أبي حنيفة ﷺ؛ لأن الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب، والبيع الفاسد والإعتاق، وإنما تضمن بالقتل لا غير؛ لأن ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال، والمسألة تأتي في موضعها إن شاء اللَّه تعالى.

ومنها: أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد، وإن كان مملوكًا له، كبيع المغصوب غير المقدور على تسليمه، فلو أمكن تسليمه يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول إلا إذا تراضيا، فيكون بيعًا مبتدأ بالتعاطي، فإن لم يتراضيًا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على التسليم، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض، وذكر الكرخي: أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه، بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم، ففسخ القاضي البيع بينهما ثم أمكن التسليم.

---

(١) صحيح البخاري: ٢/ ٧٦٨ برقم ٢٠٩٤.
(٢) سنن ابن ماجه: ٢/ ٨٤١ برقم ٢٥١٦.
(٣) مصنف ابن ابي شيبة: ٤/ ٤١٠ برقم ٢١٥٩٦.

وجه قول الكرخي - رحمه اللَّه -: أن الغصب لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكًا له، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع فينفذ، وبهذا يصح بيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره؛ وينعقد موقوفًا على التسليم لما قلنا.

ومنها: أن يكون المبيع معلومًا وثمنه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك، فيحصل المقصود، وبيانه في أنه إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبًا من هذا العدل فالبيع فاسد؛ لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة، وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع، فإن عيَّنَ البائع شاة أو ثوبًا وسلَّمه إليه ورضي به جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة؛ ولأن البياعات للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها، والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض؛ ولأن الرضا شرط البيع، والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم، والكلام في هذا الشرط في موضعين أحدهما: أن العلم بالمبيع والثمن علمًا مانعًا من المنازعة شرط صحة البيع، والثاني: في بيان ما يحصل به العلم بهما[1].

***

● (مادة ٣٦٧): إذا لم يكن المبيع معلومًا عند المشتري بأن كان غائبًا، فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره، وإن كان المبيع حاضرًا في المجلس تكفي الإشارة إليه ولا حاجة لوصفه.

تناولت هذه المادة بيان ما يخصل به العلم بالمبيع، سواء كان حاضرًا مجلس العقد أو غائبًا عنه، وإنما يعرف المبيع بمعرفة ما يفيد العلم به والرضا بحصوله، وإنما يكون المبيع معلومًا عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، إذا كان حاضرًا تكفي الإشارة إليه[2].

ويحصل العلم بالمبيع معرفة قدره، ككُرٍّ حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة، فخرج

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٤١، ١٥٧، وانظر: مجلة الأحكام العدلية المواد من (١٩٧ - ١٩٩) وشرحها.

(٢) راجع المواد (٢٠٠، ٢٠٢) من المجلة العدلية، والمواد (٣٨٧) سوري، و (٤/ ٥) عراقي، والمادة التاسعة من التقنين الجنفي مع مذكرتها الإيضاحية، ونصها: « يشترط لصحة البيع معرفة قدر المبيع والثمن ووصفها إذا لم يقع تحت نظر المتعاقدين، وتكفي الإشارة فيما يقع تحت نظرهما ».

ما لو كان قدر المبيع مجهولًا جهالة فاحشة، كما لو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح؛ لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع ما في هذا البيت، أو الصندوق، أو الجوالق، فإنه يصح؛ لأن الجهالة يسيرة، قال في القنية: إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقرَّ أن في يده متاع فلان غصبًا أو وديعة ثم اشتراه جاز، وإن لم يعرف مقداره.

ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار، ففي البزازية: باعه أرضًا وذكر حدودها لا ذرعها طولًا وعرضًا جاز، وكذا لو قال: في يدي أرض خربة لا تساوي شيئًا في موضع كذا، فبعها مني بستة دراهم، فقال: بعتها، ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز، ولم يكن ذلك بيع المجهول؛ لأنه لما قال: في يدي أرض صار كأنه قال: أرض كذا، وفي المجمع: لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط - أي عند الإمام، ويجيزه أبو يوسف - مطلقًا، وشرط محمد علم المشتري وحده، وفي الخانية: اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات، قال أبو يوسف: إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل، وكذا الراوية والجرة، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يجوز إذا كان لا يعرف قدرها، وهو قول الإمام، وخرج أيضًا ما لو كان الثمن مجهولًا، كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه، أو بمثل ما اشتراه فلان، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس جاز، ومنه أيضًا ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئًا لا يتفاوت.

قلت: وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر في المبيع والثمن، وإنما الخلاف في اشتراط الوصف فيهما، وللعلامة الشرنبلالي رسالة سماها: نفيس المتجر بشراء الدرر، حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه لا حاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه، ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه؛ لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفي بثبوت خيار الرؤية؛ لأنه إذا لم يوافقه يرده، فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة، واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف، منها ما قدمناه من صحة بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق، وشراء ما في يده من غصب أو وديعة، وبيع الأرض مقتصرًا على ذكر حدودها وشراء الأرض الخربة المارة عن القنية.

ومنها: ما قالوا: لو قال: بعتك عبيدي، وليس له إلا عبد واحد صح، بخلاف: بعتك عبدًا بدون إضافة، فإنه لا يصح في الأصح.

ومنها: لو قال: بعتك كُرًّا من الحنطة، فإن لم يكن كل الكُر في ملكه بطل، ولو بعضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود، ولو كله في ملكه لكن في موضعين أو من نوعين

مختلفين، لا يجوز، ولو من نوع واحد في موضع واحد جاز، وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة، وكذا لو قال: بعتك ما في كمي، فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه، وأول قول الكنز: ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن، بأن لفظ « قدر » غير منون مضافًا لما بعده من الثمن مثل قول العرب: بعتك بنصف وربع درهم.

هذا والذي يظهر من كلامهم تفريعًا وتعليلًا أن المراد بمعرفة القدر والوصف: ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرًا في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات؛ كبعتك كرَّ حنطة بلدية مثلًا، بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص، كبعتك ما في هذا البيت، أو ما في كمي أو بإضافته إلى البائع، كبعتك دار، ولا دار له غيرها، أو بيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع؛ لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع؛ لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم.

***

● (مادة ٣٦٨): **المبيع يتعين بتعيينه في العقد، فيلزم البائع أن يسلمه بعينه.**

تناولت هذه المادة ما يكون به تعيين المبيع في العقد، قال الكرخي: المبيع ما تعين في العقد، والثمن ما لم يتعين، وهذا على المذهب، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهي ثمن بالاتفاق، وقال أبو الفضل الكرماني في الإيضاح: الثمن ما كان في الذمة، نقله عن الفراء، وهو منقوض بالمسلم فيه، فإنه يثبت في الذمة وليس بثمن، وقيل: المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، وقوله: ابتداء احتراز عن المستأجر، فإنه إنما يحله العقد، باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الإجارة، والثمن ما يقابله، وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد، فالمبيع المحض: هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلًا عن عين فإنها أثمان، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمنًا؛ بل ليصير ملحقًا بالسلم في كونها دينًا في الذمة، والثمن المحض هو ما خلق للثمنية، كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فإنها مبيعة نظرًا إلى الانتفاع بأعيانها، أثمان نظرًا إلى أنها مثلية كالنقدين، فإن قابلها النقدان، فهي معينة، وإن قابلها عين وهي معينة، فهي مبيعة وأثمان؛ لأن البيع لا بد له منهما، وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعًا من الآخر، فجعل كل واحد مبيعًا وثمنًا، وإن كانت - أعني المكيلات

والموزونات - غير معينة، فإن دخلت فيها الباء مثل أن يقال: اشتريت هذا العبد بكُرٍّ حنطة وقد وصفها كانت ثمنًا، وإن دخلت في غيرها كأن يقال: اشتريت الكُرَّ بهذا العبد كان مبيعًا ولا يصح إلا سلمًا بشروطه، هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع.

والحاصل: الأعيان ثلاثة: نقود، أعني الدراهم والدنانير، وسلع، كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك، ومقدرات، كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعًا وثمنًا، والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه، والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولما روي؛ «أنه ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه»[1]، لكن لا بد وأن يكون الأجل معلومًا؛ لئلا يفضي إلى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم، فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر إلى بعيدها[2].

المبيع يتعين بتعينه في العقد، مثلًا: لو قال البائع: بعتك هذه السلعة، وأشار إلى السلعة الموجودة في المجلس، وقبل المشتري، لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها، وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها؛ لأن كل ما يثبت وجوده من السلع لا بد من وجود التفاوت بين أفراده مهما اتحدت السلعة المعقود عليها، ويكون قد وقع العقد بين المتعاقدين في الجنس والنوع، إلا إذا رضي المشتري بأن يأخذ المبيع بعقد مقايضة جديد بحق السلعتين[3].

***

● (مادة ٣٦٩): يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد، بشرط ذكر جنسه ووصفه، أو بشرط الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه، غير أن البيع لا يكون تامًّا ولا يلزم المشتري وإن وقع العقد صحيحًا.

تناولت هذه المادة حكم البيع والشراء لما لم يره العاقدين مع ثبوت خيار الرؤية، ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الأعيان ولا يثبت في الديون، كالمسلم فيه والأثمان، وأما في رأس مال السلم إن كان عينًا، فإنه يثبت للبائع، أي المسلم إليه الخيار فيه، ولا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع، وينفسخ بقوله: رددت،

---

(١) صحيح البخاري: ٢/ ٨٨٧ برقم ٢٣٧٤.
(٢) انظر العناية شرح الهداية: ٦/ ٢٦٦.
(٣) انظر المادة (٢٠٤) من مجلة الأحكام العدلية.

إلا أنه لا يصلح الرد إلا بعلم البائع عندهما، خلافًا للثاني وهو يثبت حكمًا لا بالشرط، ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري، حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره، وذكر في المعراج: أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء: في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه.

وحكم ثبوت خيار الرؤية: ألا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية، إنما جاز شراء مالم يره لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلًا عن مكحول مرفوعًا: «من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه» وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه.

والمراد بالرؤية العلم بالمقصود؛ ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم، كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرًا، وما اشتراه الأعمى، وفي القنية: اشترى ما يذاق فذاقه ليلًا ولم يره سقط خياره والحاصل: أن البيع غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع، ثم اعلم أنه لا يملك فسخه إلا بعلم البائع.

ويرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب، فإنه صحيح وقالوا: إنه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع أنه لم يطلع عليها، حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الأطباء لا يملك رده، فجاز تحقق الرضا قبل العلم والرؤية، وفي جامع الفصولين: خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد، وفي المحيط: اشترى راوية ماء فله الخيار إذا رآه؛ لأن بعض الماء أطيب من بعض ا.هـ.، فعلى هذا له رد الماء بعد صبه في الحب حيث لم يره قبله أي الزير.

ولا خيار لمن باع ما لم يره، وهو قول الإمام المرجوع إليه؛ لأنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه، وروي أن عثمان بن عفان - رضي اللَّه تعالى عنه - باع أرضًا بالبصرة من طلحة ابن عبد اللَّه فقيل لطلحة: إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره، فَحَكَّمَا بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، كذا في الهداية وهذا الأثر رواه الطحطاوي ثم البيهقي.

والحاصل أن: «من اشترى شيئًا ولم يره صح، غير أنه يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع شيئًا مسمىً موصوفًا، أو مشارًا إليه، وهو حاضر مستور، كبيع الزيت في الوعاء، والبر

في الجوالق والثوب في الكم، أو مشارًا إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم، فلا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلًا لا بوصف ولا بإشارة، كبيعه شيئًا في كمه أو في جيبه لجهالة المبيع »[١].

***

● (مادة ٣٧٠): يشترط للزوم البيع أن يرى المشتري المبيع وقت البيع، أو يكون قد رآه قبله ثم اشتراه عالمًا وقت الشراء أنه هو مرئيه السابق[٢] ورؤية الوكيل في الشراء أو القبض ورضاه كرؤية الأصيل ورضاه.

إنَّ نظر وكيل المشتري بالقبض كنظر المشتري نفسه لا نظر رسوله، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه؛ لأنه يوكل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك مالم يتوكل به، وصار كخيار العيب والشرط، فإنه لا يقدر على إسقاطهما فكذا هذا، وأقرب منه أنه لا يقدر على إسقاطه قصدًا، بأن قبضه مستورًا فأسقط الخيار بعده، أو كان رآه من قبل فإن خيار الموكل لا يسقط به، فكذا ضمنًا بالقبض لما ذكرنا[٣]، وترجح هذه المادة الأخذ بمذهب أبي حنيفة، وهو أنه:

« يسقط خيار الرؤية برؤية وكيل القبض أو الشراء، دون رؤية الرسول ».

ويتفق ذلك مع ما ورد في المادة (٧٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها التفسيرية، والتي تنص على: حكم رؤية وكيل الشراء، ورؤية وكيل القبض، ورؤية رسول القبض أو الشراء، وصورة التوكيل بالشراء: أن يقول المشتري للوكيل: كن وكيلًا عني بشراء كذا، فرؤية هذا الوكيل تسقط الخيار بالإجماع، هذا لو وكله بشراء شيء لا بعينه؛ لأن المعين ليس للوكيل فيه خيار رؤية، وإذا شرى الوكيل ما رآه موكله، ولم يعلم برؤية الموكل، فله الخيار إذا لم يره كما في جامع الفصولين، وهذا بخلاف ما إذا وكله بالرؤية مقصودًا، وقال: إن رضيته فخذه لا يصح التوكيل، ولا تصير رؤيته كرؤية موكله (جامع الفصولين)، قال في البحر: لأنها مباحات لا يتوقف على توكيل، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة.

وإذا رأى الوكيل المبيع قبل أن يوكل بشرائه، فلا أثر لرؤيته هذه ولا يسقط بها الخيار (نهر).

---

(١) جاء في المادة (٣٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) يستفاد حكمها من الدر المختار ورد المحتار من أواخر باب خيار الرؤية ص: ٩٦.

(٣) تبيين الحقائق: ٤/ ٢٨، المادة (٣٣٣) من مجلة الأحكام العدلية.

وصورة التوكيل بالقبض: كن وكيلًا عني بقبض ما اشتريت وما رأيته، وهذه تسقط الخيار عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظرًا إليه، فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب، أما إذا قبضه مستورًا ثم رآه فأسقط الخيار، فإنه لا يسقط؛ لأنه لما قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدًا؛ لصيرورته أجنبيًّا.

وإن أرسل رسولًا لقبضه فقبضه بعد ما رآه، فللمشتري أن يرده، وصورة ذلك أن يقول: كن رسولًا عني في قبضه، أو أمرتك بقبضه، أو أرسلتك لتقبضه.

وقال أبو يوسف ومحمد: الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري[1].

***

(مادة ٣٧١): من اشترى شيئًا وكان قد رآه هو أو وكيله في الشراء، فليس له أن يرده إلا إذا وجده متغيرًا عن الحالة التي رآه عليها، وتكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود قبل الشراء في سقوط خياره بعده.

من رأى شيئًا بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة كشهر ونحوه، وهو يعلم أنه الشيء الذي كان رآه، فإن كان على الصفة التي رآه عليها، فلا خيار له؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وإن وجده متغيرًا فله الخيار؛ لأن تلك الرؤية لم تقع مُعْلِمة بأوصافه، فكانت رؤيته وعدمها سواء.

لذلك إذا رأى المال بغير قصد الشراء ثم رآه بعد مدة لا يسقط خياره، ويجب أن يعلم المشتري بأن المال الذي اشتراه هو المال الذي كان رآه بقصد الشراء.

وإذا رأى الموكل المال بقصد الشراء، ثم اشتراه وكيله بدون أن يعلم أنه هو المال الذي كان رآه موكله، لا يسقط خيار الوكيل، إلا إذا كان وكيل الشراء وكيلًا بشراء مال معين، فلا خيار له حينئذ، وإذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع: إن هذا المال هو الذي كنت رأيته بقصد الشراء، وقال المشتري: إنني لم أره مطلقًا، فالقول قول المشتري، وإذا ادعى المشتري تغير المبيع وأنكر البائع، فإذا كانت المدة التي مضت يمكن فيها التغير غالبًا، فالقول قول المشتري، وإذا كان لا يمكن تغيره، فالقول للبائع، أما مدة التغير في الحيوانات،

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة المادة المذكورة المادة (٧٧) ص: ١٤٥ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

فهي شهر فأكثر[١].

* * *

● (مادة ٣٧٢): من اشترى شيئًا ولم يره وقت شرائه وقبله، فله الخيار إذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ورده، ولو كان قد رضي به قولًا قبل رؤيته.

شراء ما لم يره جائز وله أن يرده إذا رآه، وإن رضي قبله، وقال الشافعي: لا يجوز البيع؛ لأن المبيع مجهول؛ إذ لم يعرف منه إلا الاسم، فصار كما لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه، أو هو معدوم لما ذكرنا، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان؛ أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري، ولنا قوله ﷺ: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[٢]؛ ولأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه إذا لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين، والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ما ليس في ملكه، بدليل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه، فقال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[٣].

* * *

● (مادة ٣٧٣): يثبت للمشتري حق فسخ البيع ورد المبيع الذي اشتراه بدون أن يراه ولو لم يشترط ذلك في العقد، ولا يتوقف خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه ما يبطله قولًا أو فعلًا أو يتعيب المبيع ونحو ذلك، ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره.

هناك اتجاهات للفقهاء فيمن يثبت له الخيار:

الاتجاه الأول: إنه للمشتري فقط، وليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره، كمن ورث شيئًا من الأعيان في بلد بعيد فباعه قبل رؤيته، وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية، وهذا آخر القولين عن أبي حنيفة، فقد كان يقول أولًا بثبوته للبائع أيضًا ثم رجع وقال: العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط، واستدلوا بنص الحديث المثبت لخيار الرؤية، وقالوا: إن عدم الخيار ولزوم العقد هو الأصل.

وفي بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للطرفين؛ لأن كليهما يعتبر مشتريًا.

الاتجاه الثاني: يثبت خيار الرؤية للبائع أيضًا، وهو القول المرجوع عنه لأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عند أحمد، وذلك على افتراض الأخذ بالخيار

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٣٢).
(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٢٦٨ برقم ١٠٢٠٥.
(٣) سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٣، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٤.

عند الشافعية والحنابلة، وقد صححوا عدم الأخذ به.

وللفقهاء في بيان الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية اتجاهان:

الأول: على التراخي، فليس لخيار الرؤية مدًى محدود، بل هو مطلق غير مؤقت بمدة، فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله، ولو في جميع العمر، ولا يتوقف إمكان الفسخ، وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية، وهو الأصح والمختار، كما قال ابن الهمام وابن نجيم وغيرهم؛ وذلك لأن النص مطلق ولأن سبب خيار الرؤية اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

الثاني: على الفور، مؤقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره بذلك ولزم العقد ما لم يوجد منه تصريح بالرد أو وجد مسقط آخر للخيار، حيث يعتبر ذلك دلالة على الرضا، وهذا قول لبعض فقهاء الحنفية[١].

***

(مادة ٣٧٤): يصح شراء الأعمى وبيعه لنفسه أو لغيره، وله رد ما اشتراه بدون أن يعلم ما يعرف به المبيع من وصف و غيره، وليس له رد ما اشتراه بعد وصفه له أو بعد جسِّه وذوقه وشمه أو بعد نظر وكيله في الشراء أو وكيله بالقبض إذا قبضه ناظرًا إليه[٢].

يصح عقد الأعمى ويسقط خياره إذا اشترى بجسِّ المبيع وشمِّه وذوقه وفي العقار بوصفه، أما صحة عقده فلأنه مكلف محتاج فصار كالبصير، وأما سقوط خياره بما ذكر فلأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير، وقوله: يسقط خياره بجس المبيع محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به، بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا، واكتفى بالوصف في العقار؛ لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به، والوصف قد يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذا في حقه، وعن أبي يوسف: أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرًا لرآه منه؛ لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز، كتحريك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، وإجراء الموسى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل، وقال الحسن: يوكل وكيلًا بقبضه له وهو يراه، وهو أشبه بقول أبي حنيفة ﷺ؛ لأن رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا، وقال بعض مشايخ

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢/ ٧١ - ٧٣.

(٢) تبيين الحقائق: ٤/ ٢٨.

بلخ: يشترط مس الحيطان والأشجار مع الوصف، وإن أبصر بعد الوصف وبعدما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك إلا برضاهما، ولأن خياره قد سقط به فلا يعود، ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف لوجود العجز قبل العلم به[1].

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٨٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، ونصها: « يثبت خيار الرؤية للأعمى:

١ - في المنقول بما يقوم عنده مقام الرؤية.

٢ - وفي العقار بالوصف.

وتوضيحها أن:

(أ) بيع الأعمى وشراؤه صحيح، وله خيار الرؤية إذا اشترى، ويكون ذلك بجس المبيع، أو شمه، أو ذوقه، فيما يعرف بذلك، وبوصف العقار له ووصف كل ما لا يعرف بجس أو شم أو ذوق؛ لأن الوصف يقوم مقام الرؤية، وبكل ما يقف به على صفة المبيع أو بنظر وكيله بالشراء أو القبض، ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له؛ لأنه قد سقط.

(ب) ويسقط خياره إذا وجد منه الجس أو الشم أو الذوق... إلخ، قبل الشراء، أما لو اشترى قبل أن يوجد ذلك منه لا يسقط خياره، بل يثبت له الخيار بالاتفاق، ويمتد الخيار إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل، كأن يشتري أرضًا ويأمر آخر بزرعها له، فيسقط خياره، كما يسقط الخيار بتعيب المبيع عنده أو بهلاك بعضه[2].

***

● (مادة ٣٧٥): الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها، فإن ثبت أن المبيع دون الأنموذج الذي اشتراه على مقتضاه يكون مخيرًا بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع.

قد يرى المشتري بعض المبيع دون سائره، فيصح البيع ويلزم عند جمهور الفقهاء إن كان البعض المرئي يدل على المبيع كله دلالة كاملة، مثاله: أن يشتري شخص كمية كبيرة من القمح بعد أن يرى نموذجًا منه، وهذا لا يكون إلا في المثليات كالحبوب والأقطان والكتان ونحوها،

---

(١) انظر في ذلك المواد (٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٧٨) ص: ١٤٥، ١٤٦ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

قال الحنفية: يجوز بيع المكيل والموزون برؤية بعضه؛ لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد، ولوقوع العلم به بالباقي، إلا إذا كان الباقي أردأ، فيكون للمشتري الخيار فيه وفيما رأى؛ لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمام البيع، والأصح أن الرؤية للبعض تكفي، سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين[1].

وهذا هو ما جاءت به المادة (٤٦٨) من المدني الأردني، ونصها:

١ - « إذا كان البيع بالنموذج تكفي فيه رؤيته، ووجب أن يكون المبيع مطابقًا له.

٢ - فإذا ظهر أنه غير مطابق له فإن المشتري يكون مخيرًا إن شاء قبله وإن شاء رده »، وكذا المادة (٤٦٩) من هذا القانون ونصها:

١ - إذا اختلف المتبايعان في مطابقة المبيع للنموذج، وكان النموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة، وإذا فقد النموذج في يد أحد المتبايعين فالقول في المطابقة أو المغايرة للطرف الآخر ما لم يُثبت خصمه العكس.

٢ - وإذا كان النموذج في يد ثالث باتفاق الطرفين ففقد، وكان المبيع معينًا بالذات ومتفقًا على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يُثبت البائع العكس.

ويتفق ذلك مع المواد (٧٦، ٧٧، ٣٢٤، ٣٢٥) من المجلة العدلية، والمواد (٣٨٨) سوري، و (٥١٨) عراقي.

***

● (مادة ٣٧٦): يشترط للزوم البيع إن كان المبيع دارًا أو خانًا رؤية كل حجرة أو قاعة منها، إلا إن كانت مصنوعة على نسق واحد فيكتفي برؤية واحدة منها.

في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها، إلا إن كانت بيوته مصنوعة على نسق واحد فتكفي رؤية بيت واحد منها، وهذا رأي المتأخرين.

وكذا يجب لسقوط خيار الرؤية بالبستان المباع رؤية جميع البستان داخله وباطنه، وبشراء الكرم يجب رؤية جميع عنبه[2].

***

● (مادة ٣٧٧): إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل

---

(١) تبيين الحقائق : ٤/ ٢٦، و المادة (٣٢٤، ٣٢٥) من مجلة الأحكام العدلية، والفقه الإسلامي وأدلته : ٤/ ٥٨٨.

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٢٦).

واحد منها على حدته، ولا يكتفي برؤية بعضها.

« إذا اشتريت أشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد منها على حدته، مثلًا: إذا اشترى ثلاثة أفراس، أو ثلاثة حمير ولو صفقه واحدة يجب رؤية كل واحد منها على حدته، ولو اشترى خفين، أو مصراعي باب، أو نعلين، ورأى أحدهما كان له الخيار إذا رأى الباقي »[1].

***

❁ (مادة ٣٧٨): من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها بدون أن يرى البعض الآخر، فإن رآه ووجده بحال بحيث لو كان رآه قبلها لما كان اشتراه أو لكان يشتريه، فله الخيار بين أخذ جميع الأشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع وردها جميعًا،وليس له أن يأخذ ما رآه ورضي به ويترك ما لم يكن رآه.

إذا بيعت جمله أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا يلزم البيع حتى يرى المشتري كل واحد منها، فإذا رأى بعضها فقط فله الخيار عند رؤية البعض الآخر، إن شاء أخذ الجميع بالثمن المسمى لها، أو فسخ البيع وردها جميعها، وليس له أن يأخذ ما رآه ورضي به، ويترك مالم يكن رآه؛ لئلا تتفرق الصفقة ويضر البائع[2].

لأنه لو أخذ ما أعجبه وترك الباقي يكون قد فرق الصفقة، وهذا غير جائز؛ لأن خيار الرؤية لا يتجزأ، مثلًا: لو اشترى مبيعين وأعجبه أحدهما وقال: إنه رضي بهما فله قبولهما أو ردهما، إلا إذا تصرف بأحدهما فعلًا يسقط حق خياره، وليس للمشتري أن يطلب تنزيل شيء من الثمن.

وكذا اللفت والجزر والبصل والفوم والفجل يجوز بيعه إذا كان نابتًا وعلم وجوده تحت الأرض، ومتى رأى المشتري شيئًا من المبيع يسقط خياره إذا كان مما يباع بالوزن كالبصل والفوم، ولا يسقط خياره إذا كان مما يباع بالعدد كالفجل، ولا يتجزأ الخيار بحق المشتري، فلو اشترى اثنان مالًا وثبت الخيار لأحدهما كان للآخر كذلك[3].

***

❁ (مادة ٣٧٩): إذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل أن يراه تصرفًا لا يحتمل

---

(١) انظر المادة (٣٢٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم.

(٢) انظر المعاملات الشرعية المالية ص : ١١٧، و المادة (٣٢٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة (٣٢٨).

الفسخ أو يوجب حقًّا للغير، بأن باعه بيعًا مطلقًا عن شرط الخيار أو رهنه أو أجره أو هلك في يده أو استهلكه أو تعيب في يده حتى صار بحال لا يمكن معها فسخ البيع سقط حقه في رده بخيار الرؤية، ولزم البيع والثمن، وكذا يلزم البيع ويجب الثمن إذا مات المشتري قبل رؤية المبيع، ولا ينتقل خيار الرؤية إلى ورثته.

يسقط خيار الرؤية بالأمور التالية، سواء حصلت قبل الرؤية أو بعدها:

١ - التصرفات في المبيع بما يوجب حقًّا للغير، كما لو باع الشيء الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر بيعًا لا خيار فيه، أو رهنه، أو آجره، أو وهبه مع التسليم؛ لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك، وملك صاحب الخيار ثابت فيها، فصادفت المحل ونفذت، وبعد نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع، فبطل الخيار ضرورة، كما أن إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات، وفسخ البيع أولى من إبطال حقوقهم.

٢ - تغير المبيع بغير فاعله.

٣ - تعيب المبيع في يد المشتري[١].

ويتفق هذا مع ما ورد في المادة (٨٢) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي نصها على أن: « تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية ولا يرد المبيع إلا لعيب، وإن عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار »، وتوضيحها أن: من اشترى صندوقًا به ثياب، ولم يره وقبضه، وباع ثوبًا منه أو وهبه، ثم رأى الباقي، ليس له أن يرد شيئًا منها إلا لعيب؛ لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه، فلو رد الباقي فقط، كان تفريقًا للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع، بخلاف خيار العيب، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض، أما قبل القبض فإنه يمنع التمام.

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه، هل يعود خيار الرؤية؟ ذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه يعود، وله أن يرد الكل بخيار الرؤية، لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة، وعن أبي يوسف: لا يعود؛ لأن الساقط لا يعود إلَّا لسبب جديد، وصحح هذا القول قاضيخان، وعليه اعتماد القدوري[٢].

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية: ٢٠/ ٧٣، و المادة (٣٣٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ص: ١٤٩، ١٥٠ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

❁ (مادة ٣٨٠): من اشترى شيئًا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته، وله استرداد الثمن الذي نقده إذا فسخ العقد ورد المبيع بخيار الرؤية.

يثبت هذا الخيار لكل مشترٍ حتى ولو اشترط عدم الخيار، ويثبت للمشتري والوكيل والوصي ولو كان الشراء بنقص الثمن، ويجب على من اشترى المبيع ونقله إلى محل آخر رد المبيع إلى المكان الذي استلمه منه إذا أراد فسخ البيع بخيار الرؤية، سواء سبب النقل زيادة أو نقصانًا في القيمة، وهذا الخيار فسخ سواء كان المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض، ولا يتوقف الرد على حكم الحاكم أو على رضاء البائع، وإنما يجب على المشتري أن يعلم البائع بالفسخ بخيار الرؤية؛ لأن البائع إذا لم يخير بالفسخ يظن أن المشتري رضي بالمبيع ولا يتحرى مشتريًا آخر، وللمشتري الإجازة بعد الفسخ إذا كان لم يخبر البائع بالفسخ، وإذا فسخ المشتري المبيع بخيار الرؤية تلزمه مصاريف رد المبيع ومؤنته.

وإنما يثبت خيارالرؤية للمشتري ولا يثبت للبائع، إلا إذا كان البائع بائعًا ومشتريًا كالطرفين في بيع المقايضة فلهما الخيار في المبيع، وإذا باع البائع ماله بمقابل دين وعين لم يرها فله الخيار إذا رأى العين.

ويثبت خيار الرؤية للمشتري مطلقًا سواء كان المبيع موصوفًا بالوصف الذي وصف به له أو بوصف أحسن أو أدنى منه؛ لأن الوصف ربما كان جيدًا وكان مخالفًا لغرض المشتري.

ولا يثبت خيار الرؤية إلا في الأعيان، فلا يثبت في الديون والنقود والمسلم فيه، ويثبت في المثليات إذا كانت معينة وإلا فلا؛ لأنها تكون بحكم الدراهم والدنانير.

ولا يسقط خيار المشتري إذا رأى المبيع منعكسًا في الماء أو في المرآة أو من وراء الزجاج؛ لأن رؤية المبيع يجب أن تكون بدون حائل، ويثبت الخيار للذي اشترى الحنطة والشعير والسمسم في سنبله والجوز والفستق في قشره.

يستثنى من ذلك أمران: الأول: الوكيل بشراء المال المعين، والثاني: المشتري إذا اشترى المبيع وأخذه دون أن يراه، وحصل فيه عيب حادث فلا خيار لهما عندما يريان المبيع.

ثم اعلم أن ثبوت خيار الرؤية معلق برؤية المبيع، فلا يثبت هذا الخيار قبل رؤية المبيع؛ لأن المعلق على الشيء لا يثبت إلا إذا تحقق ذلك الشيء، وإذا قيل بأن المسبب لا يكون مقدمًا على السبب وأن المشتري يفسخ البيع قبل الرؤية لا بسبب خيار الرؤية بل بسبب عدم لزوم البيع نقول: إن المشتري لو قبل المبيع، أو أبرأ البائع من الدعاوى، أو أسقط حق خياره قبل الرؤية لا يسقط خياره بما اشتراه منه؛ لأن الخيار لا يسقط إلا بالرؤية إلا إذا تصرف

المشتري في المبيع فعلًا قبل الرؤية، فإن ذلك يسقط حق خياره، وإذا ادعى البائع أن المشتري رأى المبيع وأسقط خياره، وقال المشتري: أسقطت خياري قبل أن أراه فالقول قول المشتري.

وإذا أراد المشتري رد المبيع بخيار الرؤية فادعى البائع بأنه ليس بالمال المباع منه فالقول قول المشتري[١].

والحاصل أن من اشترى ما لم يره فله الحق في إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع، والبيع جائز وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده بعد رؤيته له، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، مثل أن يشتري حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئًا فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء، والأصل فيه قوله ﷺ: **« من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه »**[٢].

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ، خوف غرر البائع، بسبب اعتماده على شرائه، فلا يطلب لسلعته مشتريًا آخر، ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع:

١ - في الشراء للأعيان (اللازم تعيينها) ولا تثبت دينًا في الذمة، ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح.

٢ - وفي الإجارة.

٣ - وفي القسمة: وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاثة: الشرط، والعيب، والرؤية، وكذا قسمة غير المثليات، كالثياب من نوع واحد، والبقر، والغنم. أما قسمة ذوي الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط.

٤ - وفي الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه.

وإنما يثبت خيار الرؤية في هذه الأشياء؛ لأن كلًّا منها معاوضة، وهو لا يثبت إلا في المعاوضات المالية.

ويثبت خيار الرؤية مطلقًا غير مؤقت بمدة وهو الأصح، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله؛ لأنه ثبت حكمًا، لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا.

وقيل: هو مؤقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره.

وخيار الرؤية حق للمشتري دون البائع، فلا خيار لبائعٍ شيئًا لم يره، وكون خيار الرؤية

---

(١) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني (مادة ٣٢٠).

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٢٦٨ برقم ١٠٢٠٥.

غير ثابت للبائع هو الأصح، يدل عليه ما روي: أن عثمان بن عفان باع أرضًا له بالبصرة من طلحة بن عبيد اللَّه، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة (للمشتري) وكان ذلك بمحضر من الصحابة[١].

***

(مادة ٣٨١): إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خاليًا عن الوصف الذي رغب المشتري فيه من أجله فله الخيار بين أخذه بكل الثمن المسمى أو رده بفسخ البيع.

فإن تصرف فيه تصرف الملاك فلا حق له في رده، وإن حدث فيه ما يمنع الرد يقوَّم المبيع مع الوصف المرغوب وبدونه، ويرجع على البائع بقدر التفاوت من الثمن، وإن مات قبل خياره انتقل حق طلب الفسخ إلى ورثته.

إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليًا عن ذلك الوصف فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى، ومثال ذلك: بيع بقرة على أنها حلوب أو فرس على أنه من خيل السباق أو هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر، فظهر أن البقرة غير حلوب، وأن الفرس ليس من خيل السباق، وأن الفص أصفر مثلًا، فإن تصرف في المبيع تصرف الملاك فلا حق له في رده؛ لأن هذا دليل على رضاه، وكذا إذا تعلق بالمبيع حق الغير، وإن حدث فيه ما يمنع الرد يُقوم مع الوصف المرغوب فيه وبدونه ويرجع على البائع بقدر التفاوت، وإن مات المشتري قبل خياره انتقل حق الفسخ إلى ورثته[٢].

***

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٧٣) ص: ١٣٨ - ١٤٠ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص: ١١٨.

الفَصْلُ الثَّانِي

فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

● (مادة ٣٨٢): يجوز بيع كل ما كان مالًا موجودًا متقومًا مملوكًا في نفسه مقدور التسليم.

يشترط فيما يجوز بيعه الشروط المعتمدة للمعقود عليه وهي:

١ - أن يكون موجودًا، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع.

٢ - أن يكون مالًا؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد؛ لأنها حرة من وجه.

٣ - أن يكون مملوكًا؛ لأن البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك، كمن باع الكلأ في أرض مملوكة، والماء الذي في نهره أو بئره؛ لأن الكلأ وإن كان في أرض مملوكة فهو مباح.

٤ - أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكًا له كبيع المغصوب والآبق[1].

***

● (مادة ٣٨٣): بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره، ولا بيع الزرع قبل نباته، ولا بيع الحمل.

وذلك لأن المبيع محل البيع، فإذا عدم المبيع لا يقع البيع، ولأن البائع مجبور على تسليم المبيع وقبض الثمن بعد البيع، فإذا كان المبيع معدومًا لا تبقى الفائدة المقصودة من البيع وهي التمليك والتملك، وكذا بيع أثمار الكروم وبيع ولد الفرس الذي ستلده أمه، وبيع الحنطة قبل إدراكها وبيع حق التعلي، وبيع التبن بدون الحب والقش وهو قائم في أرضه كل ذلك باطل؛ لأنه معدوم (رد المحتار).

وكذا يعطل بيع البصل والفجل وما شابه ذلك وهو مطمور بأرضه قبل نباته، وبيع بذر البطيخ قبل كسره، وبيع حق وضع الجذوع على الجدران، وبيع حق إلقاء الأقذار.

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٧ - ٢١٩، ولمزيد من التفصيلات انظر المواد (١٩٧، ١٩٨، ١٩٩) من مجلة الأحكام العدلية، و المادة (٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

وكذا يبطل بيع ما هو متصل خلقة، كالحليب في ثدي الغنم، والجلد والصوف في ظهرها وهي حية، والزيت قبل عصره وهو في الزيتون، حتى لو فصل البائع هذا المبيع وسلمه لا يصح البيع.

وكذا بيع الدين إلى المدين هو من قبيل بيع المعدوم، ومن مقتضى القياس بطلانه، إلا أنه جوز استحسانًا، فيجوز للمدين أن يعطي الدائن عشرة ليرات عثمانية بمقابل ماله بذمته من الدين البالغ عنه مائة وخمسة ريالات مجيديات، ويكون بذلك قد باع الدين بالنقود الذهبية فهذا البيع صحيح إذا قبض البدل في نفس المجلس، واعلم بأن علة عدم الجواز ليست المعدومية وقت البيع؛ لأن السلم معدوم ويجوز بيعه، بل إن عدم الجواز ناشئ عن احتمال الضرر بالتسليم حين الاستحقاق[1].

***

• (مادة ٣٨٤): الثمار التي ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهي على شجرها، سواء كانت صالحة للأكل أم لا.

قال أبو حنيفة بصحة بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها واشترط قطعها، وقد أغفلت المجلة شرط القطع ونعم ما فعلت، وقد أجازت المجلة صحة بيع الأثمار وهي على شجرها إذا برزت جميعها؛ لأنها معينة وموجودة وقابلة للانفصال، وكذا بيع الحنطة بسنبلها بغير جنسها صحيح وعلى البائع حصدها وتطهيرها وتسليمها للمشتري، وإذا باع البائع الثمرة وهي على الشجر وحصل ثمرة جديدة غير المباعة فإذا كان ذلك قبل التسليم فسد البيع؛ لاختلاط مال البائع بمال المشتري قبل التسليم، وإذا كان بعد التسليم كان البائع والمشتري شريكين في الثمرة القديمة والحالية[2].

***

• (مادة ٣٨٥): ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئًا فشيئًا، كالفواكه والأزهار والخضروات، إن كان قد ظهر أكثره يجوز بيعه مع ما سيبرز تبعًا صفقة واحدة.

ما تتلاحق أفراده يعني: أن ما لا يبرز دفعة واحدة، بل شيئًا بعد شيء كالفواكه والأزهار والورق والبقول إن كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعًا له بصفقة واحدة، سواء كان البارز أقل أو أكثر، كما يدل عليه إطلاق المتن، وقد جوزوا هذا البيع استحسانًا

---

(١) جاء في المادة (٢٠٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) جاء في المادة (٢٠٦) من مجلة الأحكام العدلية.

على خلاف القياس لتعامل الناس فيه[١].

* * *

(مادة ٣٨٦): بيع ما لا يعد مالًا أصلًا، وما ليس مقدور التسليم، وما كان غير محرز من المباحات ولو في أرض مملوكة للبائع باطل.

نصت المادة (٢٠٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن : « بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل، كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر، أو حيوان نادٍّ لا يمكن مسكه وتسليمه ». ونصت المادة (٢١٠) من المجلة العدليةعلى أن: «بيع ما لا يعد مالًا بين الناس والشراء به باطل، مثلًا: لو باع جيفة، أو آدميًا حرًّا، أو اشترى بهما مالًا فالبيع والشراء باطلان »[٢].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١١٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على أن: «بيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل »، ومعناه: أنه إذا كان المبيع غير مقدور التسليم وقت العقد فإن البيع يكون باطلًا، كما لو باع حيوانًا نادرًا لا يمكن تسليمه؛ لأنه لا يمكن جعل الثمن مبيعًا ولو من وجه[٣].

* * *

(مادة ٣٨٧): لا يجوز بيع العلو دون السفل إلا إذا كان العلو قائمًا، فلو سقط لا يجوز بيعه بل يبطل.

يجوز بيع بيت العلو دون السفل إذا كان على العلو بناء ، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز؛ لأنه بيع الهواء على الانفراد وإنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل إلا بذكر الحقوق، ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيًا أو غير مبني؛ لأنه بيع الساحة، وذلك جائز وإن لم يكن عليه بناء ، وإن كان المبيع منزلًا يدخل في بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص إلا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير؛ لأن المنزل أعم من البيت وأخص من الدار فكان بين الدار والبيت، فيعطى له حكم بين حكمين، فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبارًا للخصوص، ويدخل فيه بقرينة اعتبارًا للعموم عملًا بالجهتين بقدر الإمكان[٤].

(١) انظر المادة (٢٠٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم.

(٢) انظر المادة (٢٠٩، ٢١٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (١١٦) ص : ١٨٩ الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٦.

« ومما يجوز بيعه حق التعلي؛ لأنه ليس بمال بل هو حق متعلق بالهواء »[1].

* * *

(مادة ٣٨٨): إذا كان العلو لصاحب السفل يجوز لصاحب السفل أن يبيع العلو وهو قائم، ويكون سطح السفل لصاحب السفل، وللمشتري حق القرار، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبني على السفل علوًّا آخر مثل الأول.

إذا كان المبيع بيتًا فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه والطريق إلى الطريق العامة والطريق إلى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر أحد القرائن الثلاث، ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت وإن ذكر القرائن؛ لأن العلو بيت مثله فكان أصلًا بنفسه فلا يكون تبعًا له، وإن لم يكن على علوه بيت كان له أن يبني على علوه، وإن كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق، ثم إن كان البيت يلي الطريق الأعظم يفتح له بابًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر الطريق إليه أو يستعير من صاحب الدار.

فرق بين هذا وبين القسمة إذا أصاب أحد الشريكين في الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير طريق، أنه ينظر إن أمكنه فتح الباب إلى الطريق ليس له أن يتطرق في نصيب شريكه، سواء ذكروا في القسمة الحقوق والمرافق أو لا، وكذا إذا كان مسيل مائه في نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق إن أمكنه التسييل في نصيب نفسه، وليس له أن يسيل في نصيب شريكه، وإن لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب في نصيب نفسه، ويمكنه ذلك في نصيب شريكه فإنه ينظر إن ذكروا في القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان في القسمة ولا تبطل القسمة، وإن لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة.

ووجه الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها، فإذا أدت إلى تفويتها بطلت، والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا.

* * *

(مادة ٣٨٩): يصح بيع حصة شائعة معلومة من عقار قبل فرزها.

بيع حصة شائعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز صحيح، وكذا بيع الحصة الشائعة المعلومة من المنقول قبل الإفراز صحيح، سواء كان العقار والمنقول قابلًا للإفراز أم لم يكن؛ لأن المشتري يمكنه الاستفادة من ملكه كما كان يستفيد بذلك بائعه بالحصة

(١) المعاملات الشرعية المالية للشيخ علي الخفيف ص: ١٢٩.

الشائعة، أما بيع الحصة المجهولة وبيع الحصة من العقار الغير المملوك كعقار للوقف، وبيع الحصة المعينة من عقار شائع بين اثنين غير صحيح؛ لذلك فقيد العقار الوارد في هذه المادة وقوعي، وقيود المملوك المعلومة والشائعة الواردة في هذه المادة جميعها قيود احترازية.

وإذا باع الفضولي نصف العقار المشترك بين اثنين مناصفة وأجازاه وقع البيع بنصف حصة كل منهما، وإذا أجازه أحدهما ولم يجزه الآخر يعتبر البيع بحصة المجيز عند الإمام الثاني؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ويعتبر بنصف حصة المجيز عند محمد وزفر؛ لأن البيع وقت العقد كان منقسمًا على حصتهما فالإجازة لا تقع إلا بحق تلك الحصة[1].

***

(مادة ٣٩٠): بيع أحد الشريكين حصة مشاعًا في بناء أو شجر قائم في أرض محتكرة جائز للشريك وللأجنبي.

جاء جواز بيع الحصة الشائعة من البناء أو الغراس في الفتاوى الخيرية، حيث سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته في الغراس في الأرض المحتكرة من أجنبي وأعلمه بما على الحصة من الحكر، هل يجوز بيعه لكونه لا مطالب له بالقلع فلا يتضرر أم لا؟

أجاب: نعم يجوز بيعه؛ لعدم الضرر بعدم التكليف بالقلع، ففي فتاوى الشيخ زين ابن نجيم: إذا باع أحد الشريكين في البناء والغراس في الأرض المحتكرة حصته من أجنبي هل يجوز بيعه منه أم لا؟ أجاب: نعم يجوز، وكذا من الشريك، وأفتى الطرسوسي بخلافه، فذكر أن بيع الحصة من الزرع والثمرة والمبطخة بغير الأرض من الأجنبي أو من أحد شريكيه لا يجوز، فلو رضي الشريك، قيل: لا يجوز أيضًا، وقيل: يجوز.

ويظهر لي التوفيق بحمل الأول على ما إذا قصد المشتري إجبار الشريك على القلع، والثاني على ما إذا لم يقصد ذلك، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله: لأن فيه ضررًا، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به، كما قالوا فيما إذا باع نصف زرعه من رجل: لا يجوز؛ لأن المشتري يطالبه بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر، كبيع الجذع في السقف، ثم إذا طلب المشتري القلع لا يجاب إليه نظرًا للشريك، لكن إن طلب هو أو البائع النقض فسخ البيع؛ لأنه فاسد، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزًا؛ لزوال المانع، وذكر في الخانية: أن نصيب البائع يكون للمشتري ما لم ينقض البيع.

---

(١) المادة (٢١٤) من مجلة الأحكام العدلية.

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك، كأرض بينهما فيها زرع لهما لم يدرك، فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض، ففي رواية: يجوز، وفي أخرى: لا، وعليها جواب عامة الأصحاب، ولكنها تحمل على ما فيه ضرر بالقلع، كبيع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع أو الثمرة فلا يجوز؛ لأنه يكلف الأكار القلع فيتضرر.

أما لو باع الأكار لرب الأرض فإنه يجوز اتفاقًا، والدليل قول المحيط؛ لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض، ولا يمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه.

قلت: والعرف الآن في العمارة أنها تبنى في أرض الوقف أو أرض بيت المال، بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها، فإذا باع حصته من البناء لأجنبي بعد ما أحكره الحصة من الأرض، أو فرغ له عن حق تصرفه في الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر، وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع؛ لارتفاع المفسد كما مر فيما لو باع حصته من الشجر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك، وعلى هذا فما مر عن البدائع والخلاصة من عدم الجواز للأجنبي ينبغي حمله على ما إذا كانت الأرض مستعارة بقرينة التعليل؛ وذلك لأن المشتري غير مستعير، ولا بد من تسليم المبيع فلا بد من الهدم، وفيه ضرر على الشريك، بخلاف ما إذا كانت في أرض وقف أو أرض سلطانية؛ لأنه يمكنه تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشتري مقام البائع إذا كان قصده إبقاء البناء، وتزول علة الفساد التي ذكرها، وهذا ما استند إليه الخير الرملي في علة الجواز تبعًا لابن نجيم كما مرَّ، لكنه سوَّى بين الغراس والبناء، فيحمل ما مرَّ من عدم الجواز في الغراس الذي لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للبائع[1].

***

● (مادة ٣٩١): ما يترتب على بيعه مشاعًا ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعًا.

فمن كان له أرض وله فيها زرع فلا يصح بيع الزرع قبل إدراكه بدون الأرض، لكن إذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزًا، ولا يجوز للشريك أن يبيع حصته مشاعة من الزرع قبل إدراكه، ومن الثمر قبل بدو صلاحه، ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه من دون بيع الأرض، ويجوز ذلك للشريك، فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحًا.

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٣٠٢ وما بعدها.

إذا كانت تلك الحصة من بناء أو شجر أو زرع، فيجوز البيع إذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشتري أو الشريك، فإن كان فيه ضرر لواحد منهم فالبيع فاسد، فإن كان البناء في أرض محتكرة فإنه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع حصته في البناء للشريك الآخر أو لأجنبي؛ إذ الأرض المحتكرة ما دامت تدفع أجرتها، فلا حق لأحد في مطالبة أصحاب البناء بالهدم، وبعضهم يرى أن الشريك الأول له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا بأن البناء في الأرض المحتكرة له حق القرار ما دامت الأجرة تدفع، فهو إذن في حكم العقار، ومثل البناء في الصورة المتقدمة الشجر والزرع[1].

***

❁ (مادة ٣٩٢): ما أُمِنَ ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعًا، فيصح بيع الثمر بعد نضجه، والزرع بعد إدراكه، والشجر بعد بلوغ أوان قطعه بدون الأرض، سواء بيع ذلك للشريك أو للأجنبي.

إذا كانت تلك الحصة من بناء أو شجر أو زرع، فيجوز البيع إذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشتري أو الشريك، فإن كان فيه ضرر لواحد منهم فالبيع فاسد، فإن كان البناء في أرض محتكرة فإنه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع حصته في البناء للشريك الآخر أو لأجنبي؛ إذ الأرض المحتكرة ما دامت تدفع أجرتها، فلا حق لأحد في مطالبة أصحاب البناء، وبعضهم يرى: أن الشريك الأول له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبي بالشفعة، مستدلًا بأن البناء في الأرض المحتكرة له حق القرار ما دامت الأجرة تدفع، فهو إذن في حكم العقار، ومثل البناء في الصورة المتقدمة الشجر والزرع.

وإذا بيعت حصة شائعة من الثمر بعد نضجه، أو الزرع بعد إدراكه، أو الشجر بعد بلوغ أوان قطعه للشريك أو لأجنبي صح البيع؛ إذ لا ضرر، وأما إذا باع أحد الشريكين للآخر حصته المشاعة كلها أو بعضها من الزرع قبل إدراكه، أو من الثمر قبل بدو صلاحه، أو من الشجر قبل بلوغ أوان قطعه، فإن كانت الأرض مملوكة للمشتري، أو كانت مستأجرة له، أو كان البائع قد باع حصته أيضًا من الأرض لشريكه فإن البيع يكون صحيحًا في ذلك كله؛ لانتفاء الضرر، وإن كانت الأرض ملكًا للبائع فإن البيع لا يصح؛ لأن البائع ربما كلف المشتري قلع زرعه فيتضرر.

وإذا باع أحد الشريكين حصته المذكورة لغير شريكه بدون بيع الأرض فسد البيع،

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٨.

فإن لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحًا، ويفسد البيع أيضًا إذا بيع الزرع كله قبل إدراكه بدون الأرض؛ لأن البائع ربما طالب المشتري بقلع الزرع فيتضرر المشتري، فإذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزًا[١].

* * *

● (مادة ٣٩٣): بيع المرهون والمستأجَر ينعقد موقوفًا على إجازة المرتهِن والمستأجِر، فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع، ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفي ما قدمه من الأجرة الغير المستحقة.

وكذلك الحكم إن أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه يتم البيع، وليس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر والراهن، وأما المشتري فله خيار الفسخ قبل الإجازة وإن كان يعلم بالإجارة والرهن.

« يوقف بيع المرهون والمستأجَر علي إجازة مرتهِن ومستأجِر فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ، وهل يملكان الفسخ؟ قيل: لا وهو الصحيح، وقيل: يملكه المرتهن دون المستأجر؛ لأن حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه، وفي الرهن يسقط، لكن جاء في « حاشية الفصولين للرملي عن الزيلعي » أنه: لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين، وليس للراهن والمؤجر الفسخ، وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبي يوسف، وعندهما: له ذلك وإن علم، وقولهما هو الصحيح وعليه الفتوى.

بقي لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق، وكذا المرتهن إذا قضي دينه كما في « جامع الفصولين »، وفيه أيضًا عن « الذخيرة »: البيع بلا إذن المستأجر ينفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر، فلو سقط حق المستأجر نفذ ذلك البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح، ولو أجازه المستأجر نفذ في حق الكل، ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله؛ إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده، وعن بعضهم أنه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بطل حق حبسه، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه »[٢].

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٨.

(٢) حاشية رد المحتار: ٥/ ١١٠، ١١١، وينظر الاختيار : ١/ ٢٤١، الفتاوى الهندية: ٣/ ١١٠، المادة (٣٦٨) من مجلة الأحكام العدلية، و المادة (١٥٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة.

(مادة ٣٩٤): من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفًا على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ وإلا بطل.

الفضولي كما جاء في المادة (١١٢) من المجلة العدلية هو: « من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي »، وذلك كأن يبيع مال غيره أو يشتري للغير دون توكيل أو نيابة، وكأن ينفق نفقة ضرورية عاجلة على حيوانات الغير إذا غاب مالكها، وكذا لو وهب واحد مال غيره بلا إذنه لم تنفذ الهبة، ولكن لو أجازها صاحب المال تنفذ.

وقد جاء في المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري تعريف الفضالة بأنها هي: « أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزمًا بذلك ».

ويتفق التعريفان الفقهي والقانوني في أن الفضولي يعمل دون توكيل أو ولاية في ملك الغير، وأنه يعمل لحساب هذا الغير، فإن كان عمله لنفسه عد غاصبًا بذلك، وإنما يفترق التعريفان في أن الفضولي في القانون هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة للمتفضل عليه، فيرجع عليه بما أنفق من ماله، أما الفضولي في الفقه فهو من يتصرف في ملك الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة.

محل الفضالة في الفقه الإسلامي:

محل نطاق الفضالة عند من يجيزونها هو:

١ - التصرف القولي، فيشمل التصرف بالبيع والشراء والإجارة، كما يشمل التصرف بالتبرع بالهبة والوقف والوصية، ويصح التصرف بالفضالة عند من يجيزونها في الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وخلع.

٢ - التصرف الفعلي، كأن ينفق الفضولي على مال الغير بدون إذنه، أو يصلح حائطه الآيل للسقوط، أو أن يسترد للغير ما ضاع منه، أو يعلف حيواناته له.

حكم الفضالة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في النظر إلى الفضالة والحكم عليها اختلافًا بعيد المدى، ويمكن تقسيم آراء هؤلاء الفقهاء إلى الاتجاهين التاليين:

١ - الاتجاه القاضي ببطلان تصرفات الفضولي، وهو مذهب عدد من فقهاء المالكية والراجح في المذهب الشافعي وأكثر الحنابلة والظاهرية، دليل أصحاب هذا الرأي أن الفضولي يتصرف في ملك الغير دون إذن منه أو ولاية عليه فلم يصح.

٢ - الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة الأصيل، فإن أجازه نفذ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وإن لم يجزه بطل، ومقتضى القول بالتوقف الاعتراف بالوجود القانوني لعقد الفضولي، ولكن لا تترتب آثاره عليه إلا بعد صدور الإجازة، جاء في البدائع: « تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجارة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجازه ينفذ وإلا فيبطل »، ويستدل لذلك بما جاء في عمومات البيع والتجارة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [الجمعة: ١٠]، ووجه الاستدلال بهذه العمومات أن اللّه شرع البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل ».

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى: عن حكيم بن حزام أن رسول اللّه ﷺ « بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى أضحية بدينار، وجاء بهما إلي النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته »[1] ومعلوم أنه لم يكن حكيم مأمورًا ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول اللّه ﷺ بالخير والبركة على ما فعل ولأنكر عليه لأن الباطل ينكر.

أحكام الفضالة والآثار المترتبة عليها:

بناء على الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي، وهو الاتجاه القاضي بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، فإن الفضالة تترتب عليها الأحكام التالية:

١ - تعاقد الفضولي غير لازم لا في حق صاحب الشيء ولا في حق الفضولي نفسه، ولا في حق من تعاقد معه، أما ثبوت حق الفسخ للمالك؛ فلكي لا يدخل في ملكه أو يخرج منه شيء دون رضاه، وأما ثبوت هذا الحق للفضولي نفسه؛ فلأنه سيصير وكيلًا بعد إجازة المالك، وتلزمه حقوق العقد فيجوز له الخروج من هذه المسؤولية، ولا يلزم هذا العقد في حق المتعاقد الآخر؛ لأن حكم عقد الفضولي هو الوقف، ولا يصير إلى اللزوم إلا بعد إجازة صاحب الشأن.

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٦/ ١١٢ برقم ١٢٥٨.

ومذهب المالكية أن عقد الفضولي موقوف في حق المالك وحده، دون من ألزم نفسه به ووافق عليه من الفضولي والمتعاقد الآخر.

٢ - إذا صدرت الإجازة من صاحب الشأن انعقد العقد من تاريخ إنشائه، لا من وقت صدور الإجازة بالنسبة للعقود المنجزة التي لا تقبل التعليق كالبيع والإجازة، وذلك لأنه بصدور الإجازة قد صار الفضولي أشبه بالوكيل، بحكم أن الإجازة اللاحقة كالأذن السابق، فيسري العقد من حين إنشائه بعبارة الفضولي.

أما بالنسبة للعقود التي تقبل التعليق كالكفالة والوكالة والإعارة فلا يسري العقد إلا من وقت الإجازة؛ لأن سريانه معلق على حدوث الإجازة.

ويظهر أثر هذا التفريق في معرفة حكم ملكية نماء محل التصرف وزيادته، حيث ينتقل ما يحدث من النماء والزيادة في الفترة التي تعقب إنشاء العقد وقبل صدور الإجازة إلى المشتري والمستأجر.

إذا هلك محل التصرف في يد الفضولي قبل الإجازة انتهى العقد ووجب عليه ضمان قيمته، إلا إذا كان الهلاك بسبب لا يد له فيه ولا يمكن تحرزه عنه، وأما إذا هلك في يد من انتقل إليه بحكم العقد قبل الإجازة للنظر إليه أو تجريبه، فإن مالك محل التصرف يخير بين تضمين من هلك في يده وبين تضمين الفضولي، ويرجع الفضولي على من هلك في يده، وإنما يكون الضمان بالقيمة لا بالثمن؛ لأن العقد لم يتم لعدم صدور الإجازة ويبطل[١].

***

(مادة ٣٩٥): يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كلٌّ من البائع والمشتري وصاحب المتاع المبيع حيًّا، وأن يكون المبيع قائمًا على حاله لم يتغير تغيرًا به يعد شيئًا آخر، وأن يكون الثمن باقيًا إن كان عرضًا معينًا[٢].

الإجازة تصرف انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه؛ لإبقاء تصرف قانوني أو مادي

---

(١) كتاب نظرية العقد في الفقه الإسلامي د. محمد سراج ص: ١٥٥ - ١٦٠.

(٢) جاء في المادة (١٤٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أنه: « يشترط لصحة الإجازة قيام العاقدين والمعقود عليه، ولا يشترط قيام الثمن إن كان من النقود، فإن كان من العروض يشترط قيامه أيضًا ».

البيع الموقوف:

١ - « ينعقد بيع الفضولي موقوفًا إن كان له مجيز وقت العقد وإلا فلا ينعقد.

٢ - وتصح إجازته من المالك إذا كان كل من البائع والمشتري والمبيع قائمًا، وأن يكون الثمن موجودًا لو كان عرضًا ».

المذكرة الإيضاحية:

موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعي أو بأثر حالٍّ حسب طبيعة التصرف.

وتختلف الإجازة عن الإذن من حيث إن الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، أما الإذن فهو الرضا بالتصرف قبل وقوعه.

وتتحقق الإجازة بكل ما يدل على الرضا بالتصرف، سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة أو الفعل والمعاطاة، على التفصيل المتعلق بطرق التعبير عن الإرادة

شروط صحة الإجازة:

لا تصح الإجازة لتصرف الفضولي إلا باجتماع الشروط التالية:

١ - صدور الإجازة ممن يملك التصرف عند إنشاء العقد أو ممن ينوب عنه في ذلك، وعلى هذا فإنه لا تصح إجازة من لا يملك التصرف الذي يجيزه، فلو أن أحدًا تبرع بمال الصغير لم يكن للولي الحق في إجازته؛ لأن هذا التصرف ليس له مجيز عند إنشائه؛ إذ يعتبر التبرع من التصرفات الضارة بالصغير، ولا يملك وليه إجازته كما لا يملك الصبي نفسه هذا الحق، ولو بلغ الصبي راشدًا لم يكن له حق إجازة هذا التبرع؛ لأنه لم يكن يملك هذا الحق عند إنشاء العقد.

٢ - صدور الإجازة ومحل العقد قائم لم يهلك؛ لأن الإجازة تتعلق به، ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه، فلا تلحقه الإجازة إذا كان هلك؛ لأنه لا فائدة من الحكم بانعقاد العقد.

٣ - صدور الإجازة في حال حياة الفضولي في العقود التي ترجع حقوقها إليه كالبيع

=الفضولي بضم الفاء: نسبة إلى الفضول جمع فضل وهو الزيادة.

والمراد به شرعًا: من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي، ومناسبة الكلام عن بيعه بعد الكلام على البيع الفاسد توقف إفادة كل منهما الملك على شيء، وهو القبض في الأول والإجازة في الثاني، وحكم بيع الفضولي: أنه ينعقد موقوفًا على إجازة من يملك العقد إن كان له مجيز، أي من يقدر على إجازته حالة العقد، كصبي غير مأذون باع مثلًا بيعًا يجوز عليه لو فعله وليه في صغره ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز؛ لأن له وليًّا يجيزه حالة العقد، وكان الصغير فضوليًّا هنا مع أنه يتصرف في حق نفسه؛ لأن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولي، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد فلا ينعقد بيعه أصلًا، كصبي باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئًا بأكثر من قيمته فاحشًا مما لو فعله وليه في صباه لم يجز عليه فهذا باطل، وإن أجازه الصبي بنفسه بعد بلوغه؛ لأنه لا مجيز له وقت العقد فلم يتوقف على الإجازة.

وحكم بيعه أيضًا إذا كان له مجيز حالة وقوعه كما مر: قبول الإجازة من المالك بشرط قيام البائع والمشتري والمبيع بأن لا يتغير المبيع، بحيث يعد شيئًا آخر؛ لأن إجازته كالبيع حكمًا، وكذا يشترط قيام الثمن أيضًا لو كان عرضًا معينًا؛ لأنه مبيع من وجه فيكون ملكًا للفضولي، وعليه مثل المبيع لو مثليًّا وإلا فقيمته لو قيميًّا، وغير العرض ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي (ملتقى)، وكذا يشترط قيام صاحب المتاع أيضًا فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته.

والإجارة؛ لأن عمله لا ينتهي بإصدار عبارته، ويستمر عمله بعد الإجازة بقيامه على حقوق مثل هذه العقود.

أما العقود التي لا ترجع حقوق العقد فيها إلى الفضولي، كالزواج، فلا يشترط فيها هذا الشرط؛ لأن عمله ينتهي بصدور عبارته، وترجع حقوق العقد وأحكامه إلى الأصيل بمجرد إجازة تصرف الفضولي.

ومن هذا كله يتضح أن الفقه الإسلامي قد خطا بمبحث النيابة في التعاقد خطوات واسعة سبق بها الزمان على حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي سلف.

***

● (مادة ٣٩٦): إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه، إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلًا له عنه في البيع، ويطالب الفضولي بالثمن إن كان قبضه من المشتري، وإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك، لكن إن دفعه إليه صح الدفع وبرئ، وسكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا إذنه لا يكون رضًا منه بالبيع.

بيع الفضولي إذا أجازه صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ، إلا إذا كان البائع صغيرًا أو محجورًا، وهذا هو خيار إجازة عقد الفضولي، وإذا تلف الثمن في يد الفضولي قبل الإجازة لا يلزمه الضمان؛ لأنه من قبيل الأمانة، وكذا البائع الفضولي إذا باع مال الصغير قبل وصايته عليه ثم نصب وصيًا وأجاز البيع صح البيع استحسانًا.

وإذا باع الفضولي نصف العقار المشترك بين اثنين مناصفة، وأجاز أحدهما البيع وقعت الإجازة بحق النصف عند أبي يوسف، وبحق الربع عند محمد وزفر؛ لأنهما إذا أجازا البيع وقع بحق حصتهما أي بحق الربع من حصة كل منهما، فالأولى أن يكون لكل منهما الحق بالإجازة بالنصف فقط.

وإذا بيع المبيع فضولًا وحصل فيه زيادة قبل الإجازة فتكون ملك المشتري كأصل المبيع، ولا ينفذ بيع الفضولي إلا بالإجازة، فإذا مات المالك وورثه البائع الفضولي حصرًا لا ينفذ البيع بدون تجديد العقد.

وتكون الإجازة قولية، كقول المالك: أجزت أو قوله للبائع: عملت جيدًا، أو أصبت، أو ما يشابه ذلك، وتكون فعلية كتسليم المبيع كلًا أو بعضًا، أو قبض الثمن، أو طلب الثمن، أو أخذ سندًا من المشتري بمقابل ثمن المبيع، أو هبة الثمن إلى المشتري والتصدق به عليه، وتكون بتقدم السبب كتضمين الغاصب قيمة المال المغصوب يوم غصبه إذا باعه من

غير المغصوب منه؛ لأن الغاصب متى ضمن قيمة المغصوب يوم الغصب يكون قد ملك المغصوب اعتبارًا من يوم الغصب، ويكون قد باع ما هو جار في ملكه، أما إذا ضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم البيع أو اشتراه أو استوهبه أو ورثه من المالك بعد البيع والتسليم فلا ينفذ بيع الفضولي؛ لأن سبب الملك إذا تأخر عن البيع فضولًا لا يفيد الحكم.

أما سكوت المالك عندما يسمع وقوع البيع وقوله للمشتري: أمسك المبيع طالما أنا حي لا يفيد الإجازة.

وإذا اختلف المالك والمشتري بوقوع الإجازة وعدمها ترجح بينة المشتري؛ لأنها ملزمة لكل من المالك ومن يقوم مقامه، وللمشتري قبل إجازة المالك والبائع الفضولي فسخ البيع، فالفسخ من صاحب الملك والمشتري وجهه ظاهر، أما الفسخ من الفضولي فقد جوز؛ لأنه عاقد وله حقوق العقد[1].

ويترتب على ذلك أنه متى أجاز المالك الفضولي اعتبرت إجازته توكيلًا، وصار حكم الفضولي كحكم الوكيل، فيطالبه المالك بالثمن إن كان قبضه من المشتري، فإن لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على أدائه للمالك، لكن إذا دفعه إليه صح وبرئ المشتري.

* * *

● (مادة ٣٩٧): إذا لم يجز المالك بيع الفضولي، وكان المشتري قد أدى للفضولي الثمن غير عالم وقت الأداء أنه فضولي باع ملك غيره بغير إذنه فله الرجوع عليه بالثمن إن كان قائمًا، وبمثله إن كان هالكًا، وإن كان قد أداه إليه عالمًا أنه فضولي وهلك الثمن في يده فلا رجوع له عليه بشيء منه.

إن لم يجز المالك بيع الفضولي، وكان المشتري قد أدى الثمن للفضولي غير عالم وقت الأداء أنه فضولي فله الرجوع عليه بالثمن إن كان قائمًا، وبمثله إن كان هالكًا، فإن أدى إليه الثمن عالمًا أنه فضولي وهلك الثمن في يده بدون تعدٍّ عليه فلا رجوع عليه بشيء منه؛ لأن الثمن حينئذٍ أمانة في يده[2].

* * *

● (مادة ٣٩٨): إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بدون إذن مالكها، فهلكت في يد المشتري فللمالك أن يُضَمِّن قيمتها أيهما شاء من الفضولي أو المشتري، وأيهما اختار

(١) انظر المادة (٣٧٨) من مجلة الأحكام العدلية للمحاسني.

(٢) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٧.

ضمانه برئ الآخر.

إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بإذن مالكها، فإن كانت قائمة استردها المالك، وإن هلكت في يد المشتري فللمالك أن يُضَمِّنَ قيمتها المشتري أو الفضولي، وأيهما اختار تضمينه برئ، أما المشتري فلهلاك العين في يده، وأما الفضولي فلتعديه على ملك غيره بدون حق شرعي[1].

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ص: ١٢٧.

الفَصْلُ الثَّالِثُ

في كيفية بيع المبيع

● (مادة ٣٩٩): المبيع إما أن يكون مثليًّا أو قيميًّا، فالمثلي ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به، ومنه العدديات المتقاربة التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة.

والقيمي ما لا يوجد له مثل في المتجر، أو يوجد لكن يتفاوت في القيمة، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة.

المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به كالمكيل والموزون والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض؛ لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز وآحادهما فذلك التفاوت لا يوجب اختلافًا في الثمن، ويباع الكبير منهما بمثل ما يباع به الصغير، والمعلوم أنه ليس كل مكيل ولا كل موزون بمثلي، فالقمح المخلوط بشعير والكأس المصنوع من فضة وذهب ليسا بمثلين، وإن كان الأول مكيلًا والثاني موزونًا.

وتعد العدديات المتقاربة - كما مر في شرح المادة (١٤٥) - من المثليات رغم التفاوت الموجود بين أفرادها وآحادها؛ لأنه تفاوت جزئي فلا تأثير له على أثمانها.

أما القيمى فهو: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة كالمثلي المخلوط بغيره، وهو مثل الحنطة المخلوطة بشعير أو ذرة كما مر، والخيل والحمير والغنم والبقر والبطيخ وكتب الخط وما أشبه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها، بحيث تتفاوت في الأثمان تفاوتًا بعيدًا، ففرس من الخيل قد يساوي عشرين ألف جنيه وآخر قد لا يساوي معشار ذلك، كذلك الغنم منها ما يساوي ألفًا ومنها ما لا يساوي نصف ذلك، والبطيخ يوجد منه الكبيرة التي تساوي أكثر من عشرة جنيهات والصغيرة التي لا تساوي القرش الواحد، وكتاب بخط جيد لا يستوي بكتاب رديء الخط، فالأول قد يساوي العشرة جنيهات أما الثاني فربما لا يساوي عُشْرَ هذه القيمة.

وكذا فإن العدديات المتفاوتة التي يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة تكون جميعها قيميات، كالأشياء المستعملة والحيوانات[1].

***

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر المواد (١٤٥ - ١٤٨).

(مادة ٤٠٠): المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب يصلح أن يكون مبيعًا وأن يكون ثمنًا.

تناولت هذه المادة بيان ما قد يصلح أن يكون ثمنًا أو مبيعًا، فبينت أن المكيل والموزون من غير النقد والعددي المتقارب يصلح لأن يكون مبيعًا أو ثمنًا في البيع، كما يصلح لأن يكون بدلًا في الصلح أيضًا.

« واعلم أن كلًّا من النقدين ثمن أبدًا والعين الغير المثلي مبيع أبدًا، وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددي المتقارب إن قوبل بكل من النقدين كان مبيعًا، أو قوبل بعين فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينًا كان مبيعًا أيضًا »[1].

***

(مادة ٤٠١): يصح بيع المكيلات والموزونات بغير جنسها متفاضلًا، بأن يباع مكيل بموزون أو بمكيل من جنس آخر، وموزون بمكيل أو بموزون من جنس آخر بشرط أن يكون يدًا بيد لا نسيئة.

« يجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلًا، مطعومًا كان أو غير مطعوم، بعد أن يكون يدًا بيد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير، وبيع قفيز جص بقفيزي نورة، ونحو ذلك؛ لأن علة الفضل مجموع الوصفين، وهما الجنس والكيل أو الوزن وقد انعدم أحدهما وهو الجنس، وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلًا جائز، ثمنين كانا أو مثمنين، بعد أن يكون يدًا بيد كبيع دينار بمائة درهم، وبيع مَنٍّ حديد بمنوي نحاس، أو رصاص، ونحو ذلك لما قلنا »[2].

***

(مادة ٤٠٢): يصح بيع المكيلات والموزونات بجنسها مثلًا بمثل كأن تباع حنطة بحنطة أو دقيق بدقيق أو صابون بصابون بشرط أن يتساويا كيلًا ووزنًا[3]، فإن تفاضلا بأن كان أحدهما أكثر من الآخر فسد البيع.

ولا يعتبر التفاوت في أجناس المكيلات والموزونات بين الطيب والرديء، فيجوز بيع أحدهما طيبًا والآخر رديئًا إذا تساوى المكيلان كيلًا والموزونان وزنًا[4].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٣١.

(٢) بدائع الصنائع : ٥/ ١٨٥.

(٣) جاء في بدائع الصنائع : ٥/ ١٨٥.

(٤) جاء في الفتاوى الهندية ٣/ ١١٧: « وإن تفاضل أحدهما لا يصح، وجيده ورديئه سواء، حتى لا يصح بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا ».

ويكفي العلم بمساواة البدلين في مجلس العقد، فلو تبايعا مكيلًا بمكيل من جنسه وموزونًا بموزون من جنسه مجازفة وعُلِم التساوي في المجلس جاز[(١)].

البيع جائز في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون، كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها، أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا؛ لعدم العلة وهي الجنس والكيل أو الوزن، وعند الشافعي: لا يجوز؛ لوجود الطعم والجنس، وكذا لو باع حفنة بحفنة، أو تفاحة بتفاحة، أو بيضة ببيضة يجوز عندنا؛ لما قلنا، وعنده: لا يجوز؛ لوجود الطعم؛ لأن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده، والتساوي في الكيل، أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة، ولم يوجد المخلص فبقي على أصل الحرمة.

وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدًا بيد، ولا خير فيه نسيئة، فلا يجوز إسلام المكيلات في المكيلات على العموم، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الحنطة، أو في الشعير، أو غير مطعومين كالجص في الجص، أو في النورة، وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالًّا لا سلمًا، لكن دينًا موصوفًا في الذمة لا يجوز، سواء كانا من جنس واحد، أو من جنسين، مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا ؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل جمعهما، وهو الكيل، وعند الشافعي - رحمه اللَّه - : إن كانا مطعومين فكذلك، وإن لم يكونا مطعومين جاز؛ لأن العلة عنده المطعم.

***

● (مادة ٤٠٣): كما يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات كيلًا ووزنًا وعددًا وذرعًا بشروطه يصح بيعها جزافًا، بشرط أن يكون المبيع مميزًا ومشارًا إليه[(٢)].

بيع الجزاف صحيح؛ لأنه مشار إليه وقد حصل به العلم عن طريق الحس وهو أقوى طرق العلم، إلا الأموال الربوية فإنه لا يجوز بيعها إذا بيعت بجنسها وكانت أكثر من نصف صاع؛

---

(١) جاء في الدر المختار ٥/ ١٧٣: « أنهما لو تبايعا مجازفة ثم كيلًا بعد ذلك، فظهرا متساويين لم يجز، خلافًا لزفر؛ لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز ».

(٢) جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/ ٢٤٨: « وصح البيع في الطعام وهو الحنطة ودقيقها؛ لأنه يقع عليهما عرفًا، وسيأتي في الوكالة والحبوب وهي غيرهما كالعدس والحمص ونحوهما، ولو كان البيع جزافًا أي بطريق المجازفة معرب كزاف لو بيع بغير جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » بخلاف ما إذا بيع بجنسه مجازفة فإنه لا يصح لاحتمال الربا، وصح أيضًا بيع المكيلات والموزونات بإناء أو حجر معين كل منهما جهل قدره؛ لأن المانع من الصحة جهالة تفضي إلى النزاع وههنا ليست كذلك ».

لشبهة الربا، وكذا لا يجوز أن يكون رأس مال السلم جزافًا؛ لأن السلم إذا أقيل يجب على المسلم إليه أن يعيد ما أخذه إلى رب السلم، فإذا كان جزافًا وغير معين لا تمكن إعادته.

وإذا باع البائع الحنطة جزافًا وهي في حفرة فللمشتري خيار كشف الحال عندما يرى الحفرة ويطلع على عمقها، إلا إذا كان يعلم ذلك قبل البيع، وإذا ظهر في أسفل الحفرة مادة أجنبية عن الحنطة فللمشتري الخيار ولو كان يعلم عمق الحفرة قبل البيع، وإذا ادعى البائع أن البيع وقع جزافًا وادعى المشتري بأنه وقع بالكيل وظهر المبيع ناقصًا تحالفا.

وإذا ادعى البائع أن البيع وقع جزافًا بألف قرش فلا يسأل عن النقص، وقال المشتري: إن البيع وقع بالكيل أو بالوزن بألف قرش وظهر ناقصًا فلي الخيار فالقول للبائع.

وإذا قال البائع: بعت جزافًا بألف قرش وقال المشتري: اشتريت المبيع كل ذراع بقيمة كذا فالقول للمشتري[1].

***

(مادة ٤٠٤): إذا بيعت المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات جزافًا جاز للمشتري التصرف فيها قبل كيلها ووزنها وعدِّها، وإن بيعت بشرط الكيل والوزن والعد فليس للمشتري التصرف فيها حتى يقبضها، ولا يعد قابضًا لها حتى تكال وتوزن وتعد.

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر، إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع، سواء سمي ثمنها فقط أو بُيِّنَ وفصل لكل كيل أو فردٍ أو رطل منها ثمن على حدة؛ وذلك لعدم وجود التفاوت بين أفرادها، ولإمكان معرفة ثمن الحصة الزائدة والناقصة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًّا لزم البيع لعدم تفريق الصفقة، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، ولا يكلف البائع لشراء المقدار الناقص وإعطاءه للمشتري، وإذا كان المشتري قد دفع كل الثمن يرجع على البائع بثمن القدر الناقص، ويسمى هذا الخيار خيار تفرق الصفقة، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائع.

كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلًا ووزنًا وعددًا وذرعًا يصح بيعها جزافًا أيضًا، مثلًا: لو باع صُبْرة حنطة أو كوم تبن أو آجُر أو حمل قماش جزافًا صح البيع، بشرط أن تباع بغير جنسها، وألا تجعل رأس مال سلم؛ لأن المبيع مكيلًا يعلم بتعيين

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٢١٧).

مقداره بالكيل، وجزافًا يعلم بالإشارة إليه فهو معلوم على كلا الحالين والبيع صحيح، أما إذا بيع بجنسه فإذا كان أزيد من نصف صاع فالبيع جزافًا فيه غير جائز؛ لاحتمال الربا، وكذلك رأس مال السلم لا يجوز البيع فيه جزافًا، بل يشترط أن يكون معلومًا؛ لأن السلم إذا أقيل بالتراضي وجب على رب السلم أن يعيد إلى المسلم إليه ما أخذه منه، فإذا كان مقداره غير معلوم فلا تمكن الإعادة[1].

***

(مادة ٤٠٥): إذا بيعت المذروعات والموزونات التي في تبعيضها ضرر جزافًا أو بشرط الذرع والعد، وقد سمى الثمن جملة، جاز للمشتري التصرف فيها قبل ذرعها ووزنها، وإن كان سمى لكل ذراع أو رطل ثمنًا لا يجوز له التصرف فيها قبل الذرع والوزن.

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع، سواء سمي ثمنها فقط أو بُيِّنَ وفُصِّلَ لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًا لزم البيع، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائع[2].

***

(مادة ٤٠٦): يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة، ويصح بيع مقدار معين منها صفقة واحدة، مع بيان ثمن كل فرد منها على حدته أو بيان ثمنها جملة.

المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها فإن سمى لجملة الذرعان ثمنًا واحدًا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة، بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز؛ لأن المبيع وثمنه معلومان، ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له ، وإن وجده أحد عشر ذراعًا فالزيادة سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئًا من الثمن، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا الصفة؛ والدليل على أنها جارية مجرى الصفة

---

(١) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) انظر شرح مجلة الأحكام: ١/ ١٩٩.

أن وجودها يوجب جودة في الباقي، وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكمًا، والجودة والرداءة صفة، والصفة ترد على الأصل دون الصفة، إلا أن الصفة تملك تبعًا للموصوف؛ لكونها تابعة قائمة به، فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئًا فإذا هو جيد، كما إذا اشترى عبدًا على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط، فوجده كاتبًا أو خياطًا، أو اشترى عبدًا على أنه أعور فوجده سليم العينين، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرًا تسلم له، ولا خيار للبائع كذا هذا، وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئًا، أو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين، فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين، أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبًا لا يطرح شيئًا من الثمن، لكن يثبت له الخيار كذا هذا، بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة؛ لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف؛ لأنها أصل بنفسها حقيقة، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها؛ لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي، وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلًا بنفسها حقيقة.

وإن سمى لكل ذراع منها ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فالبيع جائز؛ لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمى، فالأمر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم، وإن وجده أحد عشر ذراعًا فهو بالخيار إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهمًا، وإن شاء ترك، وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهمًا وأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك؛ لتفرق الصفقة عليه، وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له، ولا يطرح لأجل النقصان شيئًا؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة، بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة.

وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق، إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة.

فأما إذا أفرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقًا، بل يكون أصلًا من وجه وصفة من وجه، فمن حيث إن التبعيض فيها يوجب تعييب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمنًا على حدة كان كل ذراع معقودًا عليه، فكانت الزيادة أصلًا من وجه، صفة من وجه، فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري؛ لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة، وإنما يدخل في البيع تبعًا على ما بينا، ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة

ثمن؛ اعتبارًا للجهتين جميعًا بقدر الإمكان، فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها؛ لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن، لم يكن لزومها ظاهرًا عند العقد واختل رضاه، فوجب الخيار، وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي؛ اعتبارًا لجهة الأصالة وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللًا في الرضا، وذا يوجب الخيار.

وعلى هذا جميع المذروعات من الأرض والخشب وغيرهما أنه إن لم يسم لكل ذراع ثمنًا بأن قال: بعت منك هذه الأرض على أنها ألف ذراع بألف درهم، فالبيع جائز؛ ثم إن وجدها مثل ما سمى، فالأمر ماض ويلزمه الأرض كل ذراع بدرهم، وإن وجدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار، وإن وجدها أنقص فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لما ذكرنا أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفات، والثمن يقابل الأصل دون الصفة، وإن سمى لكل ذراع ثمنًا على حدة بأن قال: كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا، ثم إن وجدها مثل ما سمى فالأمر ماض، وإن وجدها أزيد فهو بالخيار، إن شاء أخذ الزيادة بثمنها، وإن شاء ترك؛ لأنه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه بالعقد، وإن وجده أنقص تسقط حصته من الثمن، وله الخيار؛ لتفرق الصفقة على ما ذكرنا في الثوب.

وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات، وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بأن قال: بعت منك هذه السبيكة من الذهب على أنها مثقالان بكذا فالبيع جائز، ثم إن وجد على ما سمى فالأمر ماض، وإن وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات.

وعلى هذا إذا باع مصوغًا من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا مَنًّا بكذا درهمًا، فوجده أكثر أو أقل، فهو على التفصيل الذي ذكرنا؛ لأن الوزن في مثله يكون ملحقًا بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعيات؛ لأن تبعيضه يوجب تعييب الباقي، وهذا حد الصفة في هذا الباب، ولو باع مصوغًا من الفضة على أن وزنه مائة بعشرة دنانير، ولم يسم لكل عشرة ثمنًا على حدة بأن قال: بعشرة دنانير ولم يقل: كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا، فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض، ولا خيار، وإن وجده أزيد بأن كان مائتي درهم مثلًا، فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شيء؛ لأن الزيادة فيه بمنزلة الصفة، والصفات المحضة لا يقابلها الثمن، وإن وجده تسعين أو ثمانين، فهو بالخيار على ما ذكرنا.

وإن سمى لكل عشرة ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك على أن وزنه مائة بعشرة دنانير،

كل وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز، ثم إن وجده على ما سمى فالأمر ماض ولا خيار، وإن وجد وزنه أزيد، بأن كان مائة وخمسين نظر في ذلك إن علم ذلك قبل التفرق فله الخيار، إن شاء زاد في الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر دينارًا، وإن شاء ترك؛ لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد، وإن علم بعد التفرق بطل البيع في ثلث المصوغ؛ لانعدام التقابض فيه، وله الخيار في الباقي إن شاء رضي به بعشرة دنانير، وإن شاء رد الكل واسترد الدنانير؛ لأن الشركة في الأعيان عيب.

وإن وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار إن شاء رده، وإن شاء رضي به واسترد من الثمن خمسة دنانير، وكذلك لو باع مصوغًا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل، ولو باع مصوغًا من الفضة بجنسها أو باع مصوغًا من الذهب بجنسه مثل وزنه على أن وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى فإن علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار إن شاء زاد في الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل، وإن شاء ترك؛ لأن المجلس له حكم حالة العقد، وإن علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة؛ لأن التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة، وإن وجد أقل مما سمى فله الخيار إن شاء رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن، سواء سمى الجملة أو سمى لكل وزن درهمًا؛ لأن عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع إلا سواء بسواء، فصار كأنه سمى ذلك وإن لم يسم حقيقة إلا الجملة[1].

***

● (مادة ٤٠٧): ما جاز بيعه منفردًا يجوز استثناؤه من البيع.

كل ما جاز بيعه منفردًا جاز استثناؤه من المبيع، مثلًا: لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلًا على أنه له صح البيع، أي ما كان تابعًا للشيء جاز استثناؤه منه في البيع، سواء كان دائم الاتصال به، كالجزء المعين من الرأس واليد والرجل، أو غير دائم الاتصال به، كالجنين في البطن، ولا يجوز استثناء حق المرور والشرب والمسيل عن الأرض والقنوات في البيع.

أما كل ما لا يجوز بيعه منفردًا، فلا يجوز استثناؤه من البيع، كاستثناء جنين الفرس في بيعها؛ لأن الملكية هي حكم البيع والملكية توجب تصرف المالك كيفما شاء، فبقاء المبيع بيد البائع تابعًا لجنين الفرس، يوجب عدم التسليم ويوجب عدم إمكان تصرف المشتري وهذا لا يجوز.

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٠.

ويجوز استثناء كل ما لا يدخل في البيع بدون ذكر، كبيع صبرة حنطة باستثناء ثلثها، وطريق الدار في بيع العين، والعلو في بيعها، وبيع رقبة الطريق واستثناء حق المرور فيه، وبيع البناء التحتاني واستثناء حق قرار الفوقاني، وبيع الحديقة واستثناء شجرة جوز في وسطها، مع حق قرارها كل ذلك صحيح وجائز.

أما بيع البناء واستثناء بعض أعمدته وأحجاره صحيح إذا كان المشتري اشترى الملك؛ ليخربه ويرفعه وإلا فلا[١].

* * *

● (مادة ٤٠٨): كما يصح بيع العقار المحدود بالمتر والذراع يصح بيعه بتعيين حدوده.

المحدود إما أن يباع بتعيين حدوده، فالعبرة للحدود، وإما أن يباع بالذراع والمتر فالعبرة للمساحة، وإما أن يباع بتعيين الحدود فالعبرة للحدود؛ لأن القصد هو وقوف المشتري على المبيع على وجه ينفي الجهالة، سواء عرفه بالإشارة أو المساحة أو ببيان الحدود.

لذلك لو بيعت عرصة بتعيين حدودها، فالعبرة للحدود، ولو ذكرت مساحتها ومقدار ذراعها حين البيع[٢].

● (مادة ٤٠٩): يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قيميين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء، كذلك يعين ثمن كل منها على حدته، ويجعل الخيار في تعيينه للمشتري بأن يأخذ أيًّا شاء بثمنه، أو للبائع بأن يعطي أيًّا أراد بثمنه للمشتري، ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر[٣].

لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلًّا على حدة، فإن المشتري يأخذ أيًّا شاء بالثمن الذي بينه له أو البائع يعطي أيًّا أراد كذلك صح البيع استحسانًا، وهذا يقال له: خيار التعيين، ويكون خيار الشرط مع خيار التعيين وإذا وجدا معًا يعتبر حكم خيار الشرط أيضًا علاوة على حكم هذا الخيار.

خيار التعيين يكون بالبيع الصحيح وبالبيع الفاسد، وإذا كان بالبيع الفاسد يكون المبيع مضمونًا بيده، أما سائر أحكام خيار التعيين في البيع الفاسد، فهي كأحكامه في البيع الصحيح.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢١٩).

(٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني المادة (٢٢١).

(٣) تتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان المبيع بالبيع بخيار التعيين واحدًا والباقي أمانة لذلك كان القياس فساد هذا البيع بحكم المادة (٢١٣) من المجلة، إلا أنه جوز استحسانًا، ووجه الاستحسان هو أن الخيار وضع لرفع الغبن؛ لأن المشتري يحتاج إلى إراءة المبيع للغير، والبائع الوارث للمبيع يحتاج إلى إراءته والتأمل فيه إذا كان لا يعرف حقيقته، ولا بد فيه من تعيين ثمن كل مبيع على حدة، سواء كانت الأثمان متساوية أو مختلفة، كما أشير إلى ذلك في متن هذه المادة؛ فلو قال البائع للمشتري: بعتك إحدى هذه الدواب الثلاث باعتبار قيمة الأولى كذا والثانية كذا والثالثة كذا؛ لتختار منها ما تشاء في ثلاثة أيام، فاشترى منه فعلى هذا الوجه، ولو قال المشتري للبائع: اشتريت منك إحدى هذه الدواب الثلاثة بقيمة كل واحدة منها كذا على أن تكون مخيرًا بإعطائي ما شئت منها بظرف ثلاثة أيام صح البيع، وكان في الصورة الأولى الخيار للمشتري وبالثانية الخيار للبائع.

أما المثليات التي هي من الجنس الواحد فلا يجوز بيعها بخيار التعيين؛ لعدم التفاوت بين أفرادها، ولذا تقيدت الخيار في هذه المادة بالقيمي، ولا بد من ذكر كلمة الخيار أو ما يقوم مقامها من الألفاظ، وإلا لو باع البائع إحدى الأموال الثلاثة بدون تخيير المشتري لا يصح البيع.

وكذا لا يجوز خيار التعيين بأكثر من ثلاثة أشياء من القيميات؛ لأن خيار التعيين جوز استحسانًا للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها؛ لأن في الثلاثة أشياء يوجد أعلى وأدنى ووسط، ولا بد من وجود غرض أحد المتبايعين فيها.

ويجوز خيار التعيين إلى المتبايعين معًا، كما هو الحال بخيار الشرط؛ لأن إعطاء الخيار للطرفين هو إعطاء خيار مؤلف من خيارين جائزين، وهذا صحيح، ومتى كان الخيار للطرفين لا يتم البيع إلا إذا اتفقا على مبيع، أما إذا اختار المشتري مبيعًا لم يختره البائع لا يقع البيع[1].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يكون الالتزام تخييريًا إذا شمل العقد أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدًا منها، ويكون خيار التعيين للمدين، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣١٦).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ٨٤.

٢ - وإذا تم الاختيار استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه العقد »[١].

***

(مادة ٤١٠): إذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيهما شاء، إلا إذا تعيب أحد الشيئين في يده، فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه، فإن لم يرض به فليس له أن يلزمه بالآخر[٢].

إذا قال المشتري للبائع: قد اشتريت إحدى بغلتيك بألف على أن تكون مخيرًا في أن تعطيني أيهما شئت في مدة ثلاثة أيام، فقبل البائع، فالبيع صحيح وخيار التعيين يثبت للبائع، أما المثليات التي تكون من جنس واحد، فإنها غير متفاوتة فلا يحتاج فيها لخيار التعيين.

فإذا باع شخص من آخر ثلاث كيلات حنطة على أن يختار منها المشتري كيلة بثمن كذا، أو يدفع البائع إلى المشتري منها كيلة، فالبيع غير صحيح، ومثله لو قال البائع: بعتك أحد مالي أو أموالي الثلاثة وقبل المشتري، فلا يكون ذلك بيعًا بخيار التعيين بل بيعًا لمجهول وهو فاسد.

ولا يصح خيار التعيين في أكثر من ثلاثة أموال، فلا يكون صحيحًا في أربعة أو خمسة أو أكثر؛ لأن البيع الذي يقع فيه خيار التعيين بهذا يكون المبيع فيه مجهولًا[٣].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها:

---

(١) وتقابل هذه المادة المواد (٣٣٦) مدني كويتي، و (١٠٧) مدني أردني، و المادة (٢٩٨) مدني عراقي ونصها:

١ - « يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن.

٢ - وإذا أطلق خيار التعيين فهو المدين إلا إذا اقتضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن ».

وخيار التعيين في الفقه الإسلامي، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري، لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة، ويلزم نية ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط.

راجع المبسوط للسرخسي : ١٣/ ٥٥، البدائع للكاساني : ٥/ ١٥٧، فتح القدير للكمال بن الهمام : ٥/ ١٣١، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط : ٣/ ١٤١، ١٤٢ هامش ١.

وانظر أيضًا م : ٣١٦ من المجلة.

والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي للدائن. انظر البدائع : ٥/ ٢٦١، ٢٦٢، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط : ٣/ ١٦٥ هامش ١.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) شرح مجلة الأحكام : ١/ ٣١١.

(٤) انظر المادة (٢٦٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ٨٥.

١ - « إذا كان خيار التعيين للمدين، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل عليها العقد، تركز اختيار المدين في الأشياء الباقية، وإذا اهلكت الأشياء جميعها بسبب أجنبي انقضى الالتزام.

٢ - وإذا هلكت الأشياء جميعها، وكان المدين مسؤولًا عن هذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء، كان ملزمًا بأن يدفع قيمة آخر شيء هلك »[١].

***

● (مادة ٤١١): إذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم المشتري بالثاني فإن هلكا معًا بطل العقد.

إذا كان المخير بخيار التعيين هو البائع يجري في ذلك الأحكام السبعة الآتية:

الأول: جبر البائع على أن يعين ما يريده مبيعًا من المالين أو الثلاثة التي باعها بخيار التعيين، وليس فسخ البيع في جميع المبيع، ما لم يكن له خيار الشرط مع خيار التعيين، وللبائع أن يلزم المشتري بواحد من تلك المبيعات، وليس للمشتري أن يمتنع عن قبول ما يلزم به البائع؛ لأن البيع من جانب المشتري باتٌّ، لكن ليس للبائع أن يلزم المشتري بالمبيعين معًا؛ لأن المبيع واحد فقط.

الثاني: لا ينفسخ البيع إذا تلف مبيع أو مبيعان من ثلاثة، سواء أكان التلف قبل القبض أم بعده؛ لأن المبيع ثابت يقينًا وموجود، وتردد الحكم بين أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع وأن يكون غيره فلا يبطل، فإن اليقين لا يزول بالشك.

الثالث: أما إذا تعيب جميع المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع إلا أن المشتري يكون مخيرًا، فله أن يقبل المبيع الذي يلزمه به البائع بثمنه المسمى وله أن يتركه بسبب خيار العيب.

الرابع: إذا تعيب بعض المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع أيضًا، وينظر بعدئذ، فإن كان الخيار للبائع كان له أن يلزم المشتري بالمبيع الخالي من العيب، فالمشتري مجبر على قبوله، وليس له أن يمتنع عن القبول بحجة أنه كان يرغب في المال المعيب، وأن ذلك

---

(١) تطابق في حكمها المادة (٤١٠) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا كان الخيار للمدين وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم الدائن بالثاني، وإن هلكا معًا بطل العقد.

٢ - فإذا كان المدين مسؤولًا عن الهلاك ولو بالنسبة إلى أحد هذه الأشياء كان عليه أن يدفع قيمة آخر ما هلك منها ».

انظر في أحكام الهلاك في خيار التعيين في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط : ٣/ ١٧٥، ١٧٦ في الهامش، الحطاب : ٤/ ٤٢٥.

المال قد تعيب فلا يريد أخذ شيء منه؛ لأنه ليس للمشتري بذلك خيار تعيين، أما إلزام البائع المشتري بالمبيع المعيب فالمشتري مخير، له قبوله بثمنه المسمى وله رده بخيار العيب، ولكن إذا ألزم البائع المشتري بالمعيب فأبى المشتري قبوله فليس للبائع بعد ذلك إلزامه بالخالي من العيب؛ لأن خيار التعيين قد انتهى باستعماله مرة واحدة.

الخامس: إذا تلف جميع المبيعات قبل التسليم يصبح البيع منفسخًا وباطلًا.

السادس: إذا تلفت المبيعات بعد التسليم في يد المشتري ينظر فإن كان وقوع التلف على التعاقب، أي تلف أحدهما عقب الآخر فما تلف أولًا يكون أمانة، وما تلف ثانيًا يضمن المشتري قيمته، وإذا تلفا معًا يضمن نصف قيمتهما.

السابع: إذا تعيب جميع المبيعات أو بعضها بعد القبض بقي البائع كما كان مخيرًا، وله أن يلزم المشتري بما يريده من المال؛ فعلى هذا التقدير إذا كان المال الذي ألزم به المشتري غير المعيب فالمشتري مجبر على قبوله، وإذا كان قد ألزمه بالمال المعيب فإن كان عيبه حصل بعد القبض كان المشتري أيضًا مجبرًا على قبوله[1].

***

(مادة ٤١٢): إذا كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه ويكون الآخر في يده أمانة، فإن هلكا معًا ضمن نصف كل واحد منها، وإن تعيبا معًا فالخيار بحاله، وإن تعيبا متعاقبًا تعين أخذ ما تعيب أولًا[2].

من له خيار التعيين يلزم عليه أن يعين الشيء الذي يأخذه عند انقضاء المدة التي عينت، وليس له فسخ البيع في الجميع ما لم يكن مع خيار التعيين خيار شرط أو يتعين أحد المبيعات أو جميعها، ففي هاتين الصورتين يحق للمشتري فسخ البيع في الجميع، يعني إذا كان المشتري مخيرًا بخيار التعيين وخيار الشرط فللمشتري في مدة خيار الشرط أن يرد جميع المبيع، حتى لو اختار أحدَها وعيَّنه على أن يكون مبيعًا؛ لأن واحدًا منها أو اثنين أمانة فيرد أو يردان كالأمانة والآخر مخير فيه بخيار الشرط فيرده بهذا الخيار.

لكن إذا سقط خيار الشرط بمرور المدة أو موت المشتري فالبيع يكون لازمًا في أحد المبيعات، ويجبر المشتري على التعيين[3].

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣١٥.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٢٦٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣١٥.

(مادة ٤١٣): إذا مات من له الخيار قبل التعيين انتقل حقه إلى وارثه، ويجبر على تعيين الشي الذي يريد إعطاءه إن انتقل الخيار لوارث البائع، أو الذي يريد أخذه إن انتقل لوارث المشتري ويطالب بثمنه.

خيار التعيين ينتقل للوارث؛ لأن الوارث يقدر على تمييز المبيع من غيره كمورثه، ويستحق الوارث هذا الحق كما كان مورثه يستحقه قبله، وهذا الخيار لم يثبت له على سبيل الإرث، بل لكونه قادرًا على تفريق المبيع وتمييزه كمورثه، وقد ورث حق تعيين المبيع وتخصيصه.

مثلًا: لو أحضر البائع ثلاثة أثواب: أعلى وأوسط وأدنى من جنس واحد، وبين لكل منها ثمنًا على حدة وباع أحدهما على أن المشتري في مدة ثلاثة أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذي تعين له، وقبل المشتري انعقد البيع، وفي المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين أحدها ودفع ثمنه، فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضًا مجبورًا على تعيين أحدها ودفع ثمنه.

ولو اشترط المورث خيار الشرط مع خيار التعيين ينتقل للوارث خيار التعيين فقط؛ لأن خيار الشرط يسقط بوفاة صاحبه، وكذا الحكم بخيار التعيين إذا كان للبائع فإنه ينتقل لوارثه[1].

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣١٩).

الفَصْلُ الرَّابِعُ

في الثمن

● **(مادة ٤١٤): الثمن هو: ما تراضى عليه العاقدان، سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص، والقيمة هي: ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان.**

الثمن في اللغة: العوض، والجمع أثمان، وثمنته تثمينًا: جعلت له ثمنًا، والثمن: اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع، عينًا كان أو سلعة، وكل ما يحصل عوضًا عن شيء فهو ثمنه، وفي اصطلاح الفقهاء هو: ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع، وتطلق الأثمان أيضًا على الدراهم والدنانير، وعلى ذلك فالثمن: ما يقع به التراضي بين المتعاقدين سواء أكان مساويًا للقيمة أم أزيد منها أم أنقص.

والقيمة في اللغة: الثمن الذي يقوم به المتاع، والقيمة واحدة القيم، وهي ثمن الشيء.

وفي الاصطلاح: هي ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان[1].

* * *

● **(مادة ٤١٥): يشترط لصحة العقد تعيين الثمن في العقد ومعلوميته عند المتعاقدين[2].**

تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسدًا؛ لأن البيع بدون تسمية الثمن يوجب النزاع غالبًا بين المتعاقدين، وكل عقد أوجب النزاع كان فاسدًا، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع المنابذة وإلقاء الحجر وأمثالها من البيوع التي كانت معتبرةً عند الجاهلية؛ لأنها توجب النزاع، أما البيع بنفي الثمن فباطل؛ لأن البيع المطلق يقتضي المعاوضة فإذا سكت عن الثمن فكأن البائع يقول حين البيع: بعت هذا المبيع بقيمته إلا أن البيع فاسد لعدم تعيين الثمن، أما لو نفى الثمن صراحةً فيكون المال مفقودًا من أحد الجانبين ولا يوجد الانعقاد في الأصل، وصح البيع الفاسد لجهالة الثمن إذا تعين قبل الافتراق عن المجلس؛ لأن المانع إذا زال عاد الممنوع.

ويلزم أن يكون الثمن معلومًا قدرًا ووصفًا صراحة أو عرفًا، بناءً عليه: إذا قال البائع للمشتري: بعتك مالي هذا برأس ماله أو بقيمته الحقيقية أو بما يخمنه المخمنون أو بما

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٣٤/ ١٣٢.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٣٨٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

أخذ مثله فلان فالبيع فاسد، أما إذا تعين الثمن في المجلس أو كان المبيع خبزًا معلوم القيمة فالبيع صحيح، وإذا تعين الثمن قبل التفرق عن المجلس فالمشتري بالخيار إن شاء قبل البيع وإن شاء فسخه وردَّه .

وكذا إذا قال المدين لدائنه: خذ هذه الحنطة واحسب ثمنها من ديني لك على حساب رائج البلدة، فإذا كان الرائج معلومًا عندهما صح البيع، وإلا فلا، حتى ولو كان معلومًا عند الناس.

وكذا البيع بالرقم كالبيع بالسعر المعين في القائمة فهو صحيح إذا علم المشتري السعر قبل التفرق عن المجلس ورضي به، وإلا لا يصح، أما الجهالة اليسيرة فلا تفسد البيع، فإذا قال المديون لدائنه: لك عندي ألف قرش بعتك مالي هذا بمقابل قسم من الدين، وبعتك مالي هذا بمقابل القسم الباقي فيكون البيع صحيحًا.

ويجب بيان مكان تسليم الثمن إذا كان مؤجلًا ومحتاجًا للحمل والمؤونة، ولا يجب ذلك إذا كان معجلًا وغير محتاج للحمل والمؤونة؛ لأنه يجوز تسليمه في غير بلد العقد، وإذا اشترط تسليم في غيرها كان البيع فاسدًا[1].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٣٨٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يعين بمقتضاها فيما بعد.

٢ - وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير »[3].

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢٣٧ ، ٢٣٨).

(٢) انظر المادة (٣٨٧) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٢٤.

(٣) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٣) من مشروع القانون المدني المصري.

وحكم الفقرة الأولى من هذه المادة يخالف ما هو مجمع عليه في فقه القانون الوضعي وفقه القانون العربي عامة، ويلاحظ أن ترك تقدير الثمن لأجنبي يجعله غير معلوم للعاقدين عند التعاقد، وهو ما يرفضه الفقه الإسلامي؛ نظرًا لما ينطوي عليه من الجهالة، وإذا كانت هناك أمور أخرى تصلح أساسًا لتقدير الثمن، كالبيع بسعر السوق، أو بالسعر المتداول في التجارة، أو الذي جرى عليه التعامل بين المتعاقدين، فإن الملحوظ فيه أن تقدير الثمن ليس رهينًا بإرادة شخص معين.

انظر المادة (٢٤) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل و المادة (١٧) من هذا المشروع على مذهب الإمام الشافعي و المادة (٣٢) من هذا المشروع على مذهب الإمام مالك.

ويختلف بعض ما جاء في هذه المادة (٤٥٩) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي: « يجوز أن يقتصر في تحديد=

(مادة ٤١٦): إذا كان الثمن حاضرًا يعلم بمشاهدته والإشارة إليه، وإن كان غائبًا يعلم بوصفه وبيان قدره.

إذا كان الثمن حاضرًا فالعلم به يحصل بمشاهدته والإشارة إليه، وإذا كان غائبًا يحصل ببيان مقداره ووصفه.

ذلك أن الإشارة أبلغ طرق التعريف، ولا يكتفى في مبادلة المثليات بجنسها بدون بيان قدرها لشبهة الربا، فإذا بيعت صُبرة حنطة مجهولة المقدار مقابل صبرة حنطة مجهولة فالبيع فاسد.

وإذا كان الثمن موضوعًا في منديل وأشير إليه من خارج المنديل فالبائع بالخيار عندما يطلع على قدر الثمن، إن شاء قبل البيع وإن شاء رده، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية، وإذا ظهر أن الدراهم زيوف فالمشتري يكلف بدفع نقود رائجة.

وكذا يعلم الثمن بالدلالة، فإذا قال البائع للمشتري: بعتك مالي هذا بعشرة قروش وقال المشتري: لا أشتريه إلا بثمانية، وأخذه وذهب وسكت البائع فيكون البيع وقع بثمانية قروش فقط[1].

***

(مادة ٤١٧): إذا تعدد نوع مسكوكات الذهب والفضة في بلدة، واختلفت ماليتها مع الاستواء في رواجها يلزم أن يبين في العقد نوع الثمن منها وإلا فسد العقد، إنما إذا بين بعد

= الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث، فإذا لم يحدده لأي سبب، كان الثمن هو ثمن المثل ».

وتختلف كذلك بدرجة أقل مع المادة (٥٢٧) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي: « في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدرًا بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد ».

وتقابل المادة (٤٧٩) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي: «يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلومًا، ويكون معلومًا:

١ - بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرًا.

٢ - ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرًا.

٣ - بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ ».

ويلاحظ أن التقنين العراقي والتقنين الأردني يأخذان في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وهو اعتبار البيع مبادلة مال بمال، فأصبحت المقايضة فيهما نوعًا من أنواع البيع، أما البيع بثمن نقدي فهو ما يسميانه بالبيع المطلق.

المادة :(٥٢٧/ ١) عراقي، والمادة: (٤٨٣) أردني.

(١) شرح مجلة الأحكام للمحاسني المادة (٢٣٩).

ذلك في المجلس ورضي به الآخر ينقلب العقد صحيحًا؛ لارتفاع المفسد قبل تقرره.

البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول، إذا بيع فيه شيء بكذا دينارًا ولم يبين فيه نوع الدينار يكون البيع فاسدًا، والدراهم كالدنانير في هذا الحكم .

هذا في الذهب الذي يكون متساويًا في الرواج مختلفًا في المالية، فإذا لم يبين حين العقد وصف الذهب كأن يقال: جنيه عثماني أو فرنساوي أو إنكليزي مثلًا، أو بعد العقد وقبل التفرق من المجلس فالبيع فاسد ؛ لأن وصف الثمن يبقى مجهولًا، فالبائع يطلب الأرفع والمشتري يعرض الأدون فيقع النزاع بين المتبايعين، وبما أن الجهالة الباعثة على النزاع مفسدة للبيع، فالبيع في هذه الصورة فاسد .

وههنا أربع صور، في واحدة منه يفسد البيع وفي الباقي يصح، فالمسألة التي نصت عليها المجلة مطلقة هي في الحقيقة مقيدة، وهذه الصور الأربع:

١ - أن تكون الدنانير متساوية الرواج مختلفة المالية، ففي هذه الصورة البيع فاسد.

٢ - أن تكون مختلفة الرواج والمالية.

٣ - أن تكون متساوية المالية مختلفة الرواج.

٤ - أن تكون متساوية المالية والرواج .

فالصورة الأولى؛ كأن يعقد البيع على جنيه في بلد يتداول فيها الجنيهات العثمانية والإنكليزية والفرنساوية متساوية الرواج، فإذا عقد البيع في هذا البلد على جنيه مطلق من غير بيان لنوعه، هل هو عثماني أو إنكليزي أو فرنساوي؟ فالبيع فاسد؛ لأن ثلاثة أنواع هذه الجنيهات متساوية الرواج في هذه البلد، فلا ينصرف الجنيه عادة إلى أحد هذه الجنيهات، كما أن ماليتها مختلفة أيضا؛ لأن الجنيه العثماني تزيد قيمته عن الجنيه الفرنساوي، والجنيه الإنكليزي تزيد قيمته عن الجنيه العثماني، إلا أنه إذا عين الجنيه في هذه الصورة بعد العقد وقبل التفرق ووقع التراضي فالبيع ينقلب إلى الصحة؛ لأن المفسد قد ارتفع قبل التفرق فكان هذا البيان كالبيان المقارن.

والصورتان الثانية والثالثة اللتان يكون فيهما الذهب مختلف الرواج؛ كأن يكون الجنيه العثماني في بلد أروج من الجنيه الإنكليزي والفرنساوي فالبيع فيهما صحيح، سواء كانت الجنيهات المتداولة متساوية أم غير متساوية، وينصرف الجنيه عند الإطلاق في عقد البيع إلى الأكثر رواجًا وتداولًا في تلك البلد.

وعلى ذلك فإذا اشترى شخص من آخر متاعًا بكذا جنيهات في الأستانة فبما أن الذهب

العثماني هنالك أروج من غيره ينصرف الجنيه إلى الجنيه العثماني، فإذا اجتمع المتبايعان بعد ذلك في مدينة بيروت، فليس للمشتري أن يدفع الثمن للبائع جنيهات فرنساوية، بداعي أنها أروج من غيرها في بيروت؛ لأن العبرة للأروج في البلد الذي وقع فيه العقد، فعلى المشتري أن يدفع الثمن من نوع الذهب الذي يكون أكثر رواجًا في البلد الذي وقع فيه البيع.

الصورة الرابعة: وهي التي تكون فيها الدنانير متساوية المالية والرواج، البيع فيها صحيح، وللمشتري أن يدفع الثمن من أي نوع شاء من الدنانير؛ لأن الوصف هنا وإن كان مجهولًا إلا أنه لا يؤدي إلى النزاع، وليس في الوقت الحاضر نقد من الذهب متساوي المالية، إلا أن الدول إذا اتفقت جميعها على توحيد دنانيرها ظهرت فائدة هذه الصورة.

والفضة أيضًا على هذا المنوال، أي إذا كان في بلدة نقود فضية مختلفة المالية متساوية الرواج، ولم يبين في عقد البيع نوعها كأن يقال: كذا ريالًا أو مجيديًّا أو مصريًّا أو فرنكًا أو شلنًا من غير بيان للوصف، فإذا عين الطرفان بالتراضي نوع تلك الفضة في مجلس العقد قبل التفرق فالبيع لا يكون فاسدًا وإلا كان فاسدًا، أما إذا كانت النقود الفضية مختلفة الرواج متساوية المالية أو مختلفتها فالبيع صحيح، وينصرف الثمن إلى أروج أنواع الفضة في تلك البلدة، كما أنه إذا كانت أنواع النقود الفضية متساوية رواجًا ومالية فالبيع أيضًا صحيح، والمشتري له أن يدفع من أيها شاء[1].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٨١) من القانون المدني الأردني، ونصها: « إذا حدد الثمن بنوع من النقود، وكانت له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولًا في مكان البيع »، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن هذا الحكم مأخوذ من المذهب الحنفي، طبقًا لما تشهد به المواد (٢٤٠ – ٢٤٣) من المجلة العدلية، ورد المحتار: ٤/ ٢٦.

***

❁ (مادة ٤١٨): إذا بين وصف الثمن في العقد لزم المشتري أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة.

إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم على المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها، مثلًا: لو عقد البيع على ذهب مجيدي أو إنكليزي أو فرنساوي أو ريال مجيدي أو عمودي لزم المشتري أن يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبينه من هذه الأنواع.

ولا يحق للمشتري أن يعطيه الثمن من أنواع النقد السائرة؛ لأن التعين على هذا مفيد،

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر المادة (٢٤٠) : ١/ ٢٢٠، ٢٢١.

وتعين الثمن على هذا الوجه لا ينافي الحكم الذي تضمنته المادة الآتية: وهو أن الثمن لا يتعين بتعيينه في العقد؛ لأن المقصود منه عدم تعيينه استحقاقًا؛ إذ إن الثمن يتعين جنسًا وقدرًا ووصفًا باتفاق الفقهاء، وعلى هذا:

أولًا: إذا بيع مال بمائة جنيه عثماني فالمشتري ملزم بأن يؤدي مائة جنيه عثماني، وليس له أن يؤدي مكان ذلك مائة جنيه فرنساوي، كما أنه ليس للبائع أن يطالب المشتري بدفع مائة ليرة إنكليزية.

ثانيًا: إذا باع شخص من آخر مالًا بنقد فضي، ثم أخذ من المشتري بعد البيع صكًا بنقد ذهبي فلا يحل للبائع ديانة أن يأخذ ذهبًا بمقتضى ذلك الصك، أما إذا وصل النزاع إلى المحكمة، وادعى البائع أن البيع وقع على كون الثمن ذهبًا، وأقر المشتري أن الختم والإمضاء اللذين في الصك له، ولكن زعم أن البيع وقع على كون الثمن فضة، فإذا أثبت المشتري ذلك قبل منه، وإلا فله أن يطلب تحليف البائع بأن المشتري ليس كاذبًا في إقراره هذا، فإذا حلف البائع، حكم الحاكم على المشتري بدفعه ذهبًا استنادًا على إقراره الكتابي.

ثالثًا: إذا قال شخص لآخر: قد اشتريت منك هذا المال بخمسمائة قرش نقودًا ذهبية وفضية فقبل البائع، فعلى المشتري أن يدفع الثمن ذهبًا وفضة مناصفة؛ لأن أحد الجنسين أولى من الآخر، فالعقد مضاف إليهما على السواء وينقسم بينهما.

رابعًا: إذا بيع بنوع من الثمن، رخص الثمن أو غلا قبل أدائه للبائع فالمشتري ملزم بأن يدفع الثمن إلى البائع من ذلك النوع، والبائع ملزم بقبوله، سواء أكان الثمن من النقد الغالب الغش أم الغالب الفضة أم الذهب.

مثال ذلك: إذا اشترى إنسان من آخر متاعًا بخمسين ريالًا مجيديًا من الرائج بعشرين قرشًا، وقبل أن يدفع المشتري الثمن غلا سعر المجيدي فأصبحت رائجة باثنين وعشرين قرشًا، أو رخص إلى تسعة عشر قرشًا فالمشتري ملزم بأن يدفع إلى البائع الخمسين ريالًا مجيديًا، كما أن البائع ملزم بقبول ذلك، ولا يلتفت إلى الغلاء أو الرخص العارض بعد العقد، وكذلك الحكم في القرض، فإذا اقترض إنسان من آخر عشرين ريالًا مجيديًا حينما كان الريال المجيدي رائجًا بثلاثين قرشًا، ثم هبطت قيمة الريال إلى عشرين، فإذا دفع المقترض إلى المقرض مثل الريالات التي اقترضها منه فالمقرض ملزم بقبولها، وليس له إلزام المقترض بأن يدفع إليه عن كل ريال ثلاثين قرشًا، لكن إذا اشترى إنسان من آخر بنقد غالب الغش أو زيف حينما كان ذلك النقد رائجًا، وقبل تسليم الثمن كسد ذلك النقد

أو انقطع من أيدي الناس فرأي الإمام أبي يوسف أن البيع صحيح، وعلى المشتري أن يدفع إلى البائع قيمة ذلك النوع من الثمن حين البيع؛ لأنه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في ذلك الوقت كالمغصوب، ورأي الإمام محمد أن المشتري ملزم بأن يؤدي قيمة ذلك النوع من الثمن إذا انقطع؛ لأن التحويل من رد المثلي إلى قيمته إنما صار بالانقطاع فيعتبر يومه.

وقد قال بعض الفقهاء: إنه يفتى بقول الإمام محمد رفقًا بالناس، وبعضهم قال: يفتى برأي الإمام أبي يوسف، وهذا الاختلاف جارٍ في القرض أيضًا، إلا أن مشايخ الإسلام أفتوا بقول الإمام أبي يوسف، وهكذا الحكم في بدل الإجارة.

أما إذا كان ذلك النوع من النقد غير كاسد، بل رائجًا في بلاد أخرى وغير رائج في البلد التي وقع فيها العقد، فالبائع مخير بعيب الثمن فله أن يأخذ الثمن عينًا، وله أن يأخذ قيمة الثمن إذا كسد الثمن أو انقطع من أيدي الناس، وبعد تسليم الثمن إلى البائع لا يطرأ خلل على صحة البيع، كما أنه لا يترتب ضمان ما على المشتري، وعلى هذا إذا باع الدلال مالًا بإذن صاحبه من آخر فكسد الثمن بعد أن قبضه وقبل أن يسلمه إلى صاحبه، فالبائع ملزم بأخذ الثمن عينًا، وليس له أن يطلب غيره، كما أنه ليس له استرداد المبيع[١].

***

❁ (مادة ٤١٩): **يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه لا في زمن الإيفاء.**

يعتبر البلد الذي جرى فيه البيع، لا بلد المتبايعين، فإن باع عينًا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير، فلم ينقد الثمن حتى وجد المشتري ببخارى، يجب عليه الثمن بعيار أصفهان، فيعتبر مكان العقد.

قال ابن عابدين: وتظهر ثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة في البلدين، وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار؛ لفقده أو كساده في البلدة الأخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التي في بخارى إذا كانت أكثر من قيمته التي في أصفهان، وهذا قول الحنفية، واعتبار مكان العقد قال به المالكية والشافعية في الأصح عندهم، وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضًا، فلا يعتبر زمن الإيفاء؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد، وفي البحر عن شرح المجمع: لو باعه إلى أجل معين، وشرط أن يعطيه المشتري أي نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدًا[٢].

***

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (مادة ٢٤٢) : ١/ ٢٢٣.

(٢) البحر الرائق: ٥/ ٣٠٣، رد المحتار: ٤/ ٥٣٦، مغني المحتاج للشربيني: ٣/ ١٧، المدونة: ٤/ ٢٢٢.

(مادة ٤٢٠): يصح البيع بثمن حالٍّ ومؤجل إلى أجل معلوم، طويلًا كان أو قصيرًا، ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة، ويجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتعجل كل الثمن.

يجوز البيع بثمن حالٍّ ومؤجل إذا كان الأجل معلومًا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وعنه - عليه الصلاة والسلام - « أنه اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل معلوم ورهنه درعه »، ولا بد أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به في قريب المدة، وهذا يسلمه في بعيدها[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« يكون البيع بثمن حالٍّ، ويجوز بثمن مؤجل إلى أجل معلوم إذا كان الثمن دينًا، أو بخلاف جنس المبيع، ولم يجمعهما قدر ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن الأصل في الثمن أن يكون حالًّا؛ لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه، والأجل لا يثبت إلا بالشرط، وقيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده (بحر).

والثمن قد يكون نقودًا، أو سلعًا، أو مقدرات، ويلاحظ أن كلًّا من النقدين ثمن أبدًا، وكل من المكيل والموزون والعددي المتقارب إن قوبل بأي النقدين كان مبيعًا، أو قوبل بعين، فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينًا كان مبيعًا أيضًا، وإن كان غير معين فإن دخل عليه حرف الباء مثل: اشتريت هذا الشيء بكيله حنطة كان ثمنًا، وإن استعمل استعمال المبيع كان سلمًا، مثل: اشتريت منك كيلة حنطة بهذا القدر من المال، فلا بد من رعاية شرائط السلم (غرر الأذكار).

وكما يصح المبيع بالثمن الحال يصح بالثمن المؤجل، بشرط أن يكون الأجل معلومًا؛ لأن جهالة الأجل تفضي إلى النزاع في التسلم والتسليم، وأن يكون البيع بثمن دين، فلو بعين فسد (فتح)، والمراد بالدين: ما يصح أن يثبت في الذمة سواء كان نقدًا أو غيره، وبالعين ما قابله، وأن يكون البيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر، أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر، فإنه لا يصح التأجيل؛ لما فيه من ربا النسيئة[2].

---

(١) العناية في شرح الهداية: ٦/ ٢٦٢.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (١٥) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية ص: ٦٠، ٦١.

(مادة ٤٢١): يعتبر ابتداء الأجل من وقت تسليم المبيع في بيع لا خيار فيه بثمن مؤجل، لا من وقت العقد إذا كانت مدة الأجل منكرة لا معينة، فلو فيه خيار فمذ سقوط الخيار.

وللمشتري بثمن مؤجل إلى سنة منكرة أجل سنة ثانية مذ تسلم؛ لمنع البائع السلعة عن المشتري سنة الأجل المنكرة، فلو معينة أو لم يمتنع البائع من التسليم فلا يثبت له الأجل في غيره.

شرع التأجيل في الثمن نظرًا للمشتري؛ لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخير المطالبة بالثمن، ولن يحصل هذا الغرض له إلا أن يكون اعتبار الأجل من وقت قبض المبيع، فكان هذا تأجيلًا من هذا الوقت دلالة، بخلاف ما إذا عين الأجل؛ لأنه نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه؛ إذ لا دلالة مع النص بخلافها، ولو كان في البيع خيار الشرط لهما، أو لأحدهما، والأجل مطلق فابتداء الأجل من حين وجوب العقد، وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده؛ لأن تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه، ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه، لا قبله؛ إذ لا وجوب للثمن قبله[1].

ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشتري المبيع حتى حلَّ الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر إن ذكرا أجلًا مطلقًا بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حال، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلًا بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالًّا بالإجماع[2].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٩) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (الطبعة التمهيدية)، والتي تنص على ما يلي: « يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع إذا كان البيع باتًّا، وإن كان بالخيار وقت سقوط الخيار:

١ - إذا كان البيع باتًّا، ومدة الأجل إما أن تكون: منكرة، أو معينة.

فإن كانت منكرة ومنع البائع السلعة عن المشتري كان للمشتري مدة أخرى من وقت تسلم المبيع؛ تحصيلًا لفائدة التأجيل، وهي التصرف في المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلًا،

أما إذا كانت المدة معينة فليس للمشتري الحق في طلب مدة أخرى؛ لأنه لما عين الأجل تعين حقه فيما عين، فلا يثبت في غيره.

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٥٠.

(٢) المرجع السابق : ٥/ ٢٤٩.

وكذلك الحكم إذا لم يمنع البائع السلعة عن المشتري، وهذا بالاتفاق؛ لأن الإهمال من المشتري.

٢ - وإن كان البيع بالخيار، فابتداء الأجل عند أبي حنيفة يكون من وقت سقوط الخيار؛ لأن ذلك وقت استقرار البيع[١].

***

(مادة ٤٢٢): لا يحل الأجل بموت البائع ويحل بموت المشتري[٢].

جاء في شرح المجمع: لو مات البائع لا يبطل الأجل ، ولو مات المشتري حل المال؛ لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل.

وهذا يتفق مع المادة (١٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة التي تنص على ما يلي: « يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع »، ومعناها أن: التأجيل لصالح المشتري، وفائدته أن: المدين قد يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات المشتري تعين المتروك من أمواله لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، ولو مات البائع لا يبطل الأجل[٣].

***

(مادة ٤٢٣): البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلًا، ويدفع في الحال، إلا إذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلًا أو مقسطًا بأجل معلوم[٤]، فإن كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية[٥].

المبيع المطلق ينعقد معجلًا، أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلًا أو مقسطًا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل، مثلًا: لو اشترى رجل من السوق شيئًا بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال، أما إذا جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (١٩) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية ص : ٦٥، ٦٦.

(٢) جاء في الفتاوى الهندية: ٦/ ١٢٢.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (١٨) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية ص: ٦٥.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٢٣) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) دليله في الأشباه من القاعدة الثالثة: « العادة محكمة ».

أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك إذا كان البيع مطلقًا، أي لم يذكر فيه تأجيل الثمن أو تعجيله، فالبيع ينعقد على أن الثمن معجل؛ لأن مقتضى البيع أن يكون الثمن معجلًا، وإنما يثبت الأجل بالشرط، أما إذا كان العرف في بلد تأجيل الثمن إلى وقت معلوم فالبيع ينصرف إلى ذلك؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

وإذا اختلف المتعاقدان في تأجيل الثمن فقال البائع: إنه معجل، وقال المشتري: إنه مؤجل، فالقول للبائع؛ لأن الأصل عدم الأجل، والبينة على المشتري؛ لأن دعواه خلاف الظاهر، والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر.

أما في بيع السلم فالقول لمدعي الأجل؛ لأن نافي الأجل مدعٍ لفساد بيع السلم، ومدعي الأجل مدعٍ لصحة السلم، فكان القول لمدعي الصحة، وإذا كان الخلاف في مقدار الأجل فالقول لمدعي الأقل؛ لأنه يكون منكرًا للزيادة.

مثال ذلك: إذا قال البائع: بعت مؤجلًا إلى شهر، فقال المشتري: بل إلى شهرين، فالقول للبائع، وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المشتري؛ لأن بينة البائع أثبتت الظاهر، والبينة قد شرعت للإثبات.

وإذا اتفق الطرفان على مقدار الأجل لكن اختلفا في مرور الأجل فالقول للمشتري؛ لأن المشتري منكر لمرور الأجل؛ فإذا ادعى البائع قائلًا: بعت هذا المال قبل شهرين على أن يكون الثمن مؤجلًا إلى انقضاء شهرين، وقد مر الأجل فأطلب أن يدفع لي المشتري الثمن، فقال المشتري: نعم قد اشتريت المال على أن يكون ثمنه مؤجلًا إلى شهرين، لكن لم يمض على ذلك إلا شهر واحد فالقول هنا للمشتري، وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المدعي؛ لأن بقاء الأجل أصل لاتفاق الطرفين على وجود الأجل، وعلى هذا يجب أن يكون القول للمشتري في مرور الأجل كما يكون القول له من وجه آخر؛ لأنه ينكر توجه الثمن عليه في الحال، فلهذين السببين كان القول في ذلك للمشتري[1].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها: « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يتم فيه البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك »[3].

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٢٣٢ المادة (٢٥٦).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٤٢٣).

(٣) تتفق هذه المادة في حكمها مع الفقرة الأولى من المادة (٤٥٧) من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه: « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

● **(مادة ٤٢٤): يجوز للبائع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه، وأن يحيل غريمه به على البائع، سواء كان يتعين بالتعيين أم لا، إنما إذا كان الثمن دينًا فالتصرف فيه بغير الحوالة لا يكون إلا بتمليكه لمن عليه الدين لا لغيره.**

للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض، مثلًا: لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه، يعني يحق للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيعًا وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك، سواء أكان الثمن المذكور من النقود التي لا تتعين بالتعيين، أم كان مما يتعين بالتعيين، كالمكيلات وغيرها من المثليات؛ فإذا كان ثمن المبيع عينًا كالمكيلات والنقود المعينة فللبائع أن يبيعها أو يهبها أو يوصي بها للمشتري وغيره، كما أن له إذا كان الثمن دينًا كنقود غير معينة أو مكيلات أو موزونات أن يملكه المشتري بعوض أو بغير عوض، بشرط ألا يكون افتراقًا عن دين، أي: ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن الملك المجيز للتصرف ثابت، وبهلاكه ينتفي غرر الانفساخ؛ لأن الثمن ليس أصلًا في البيع، فبهلاكه لا ينفسخ إذا كان الثمن نقدًا، فإن عدم غرر الانفساخ ظاهر؛ لأنه لا يتعين بالتعيين، أما إذا كان الثمن من الأموال التي تتعين بالتعيين كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فلأن هذه مبيع من وجه وثمن من وجه آخر، فرجحت جهة الثمن في التصرف تيسيرًا وتسهيلًا.

ولذلك فإنه إذا باع مالًا بخمسين كيلة حنطة معلومة مشارًا إليها، فله قبل أن يقبض الخمسين كيلة أن يبيعها من المشتري وغيره، وأن يشتري بها من المشتري مالًا معلومًا، وإذا كان ثمن المبيع أربعة وخمسين ريالًا مجيديًا فللبائع أن يقبض من المشتري مقابل هذا الثمن عشر ليرات.

وكذا فإن للدائن أن يهب أو يتصدق أو يوصي للمشتري بثمن المبيع الثابت له في ذمة

= وتقابل المادة (٥٧٥) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - « البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلًا.

٢ - ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولًا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها، فيسلم المبيع والثمن معًا ».

وتقابل المادة (٥٢٢) من التقنين الأردني، ونصها أن: « على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولًا وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به، ما لم يتفق على غير ذلك ».

وتقابل المادة (٥٠٠/ ١) من التقنين الكويتي التي تنص على أنه: « يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

وتتفق مع المادة (٣٣) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة.

المشتري، فيملك المشتري الثمن بمجرد الهبة أو التصدق، ولا يحتاج ذلك إلى القبض، كما يجوز للبائع أن يهب الثمن الذي له في ذمة المشتري لغير المشتري، وأن يوكله بقبضه، ولا يجوز تمليك الدين لغير المدين، وكذلك بدل المغصوب والقرض والأجرة من الديون السائرة يجوز تمليكه للمدين بعوض وبغير عوض[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن دينًا في الذمة، فإن كان جاز تمليكه من المشتري دون غيره. »

ويثبت في الذمة دينًا عند المقابلة، وهو النقدان، والمثليات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان، أو غير معينة وصحبها حرف الباء.

والثمن تارة يكون حاضرًا؛ كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو غيرها من المشتري وغيره، وتارة يكون دينًا في الذمة كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين، ولا يصبح إلا ممن هو عليه[٢].

* * *

● (مادة ٤٢٥): إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما صح البيع والشرط، فإن أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع، وإن لم يؤده في المدة المعينة أو مات في أثنائها قبل أداء الثمن فسد البيع[٣].

إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا، وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع، وهذا يقال له: خيار النقد، وكما يجوز للمشتري اشتراط خيار النقد يجوز ذلك للبائع أيضًا.

والبيع بخيار النقد يكون مشروطًا فيه إقالة فاسدة معلقة على شرط، وبما أن الإقالة الصحيحة التي يشترط فيها البيع فاسدة، فيكون البيع الذي تشترط فيه الإقالة الفاسدة فاسدًا بطريق الأولى، فالقياس يوجب عدم جواز البيع الذي يشترط فيه خيار النقد، إلا أنه جوز

---

(١) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر المادة (٢٥٢) : ١/ ٢٣٤، ٢٣٥.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٥) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) قوله: أو مات أي المشتري في أثنائها... إلخ، هذا على خلاف ما في شرح الدر من خيار الشرط، إلا أنه في رد المحتار ذكر: أنه بحث لصاحب النهر، ونقل في شرح البيري عن خزانة الأكمل: بطلان العقد بذلك.

استحسانًا، ووجه الاستحسان الاحتراز من مماطلة المشتري؛ لأن المشتري إن لم يدفع الثمن فالحاجة تمس إلى فسخ البيع.

ومقتضى هذه المادة: أنه إذا عقد البيع بخيار النقد فللمشتري دفع الثمن وإمضاء البيع، أو فسخ البيع وعدم دفع الثمن، فيكون الخيار ثابتًا للمشتري مع أن الذي ينتفع من الخيار إنما هو البائع.

ويجب تعيين المدة في هذا الخيار، سواء أكانت تلك المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر، فإذا لم تبين مدة الخيار مطلقًا؛ كأن يعقد البيع على شرط أنه إذا لم يؤد الثمن بين البائع والمشتري بيع، أو ذكرت مدة غير مجهولة، كأن يكون الخيار بضعة أيام فالبيع يكون فاسدًا[1].

***

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (٣١٣).

باب: في حكم البيع

◆ (مادة ٤٢٦): حكم البيع المنعقد صحيحًا لازمًا أن يثبت في الحال ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع، فينتقل ملك المبيع للمشتري ولورثته إن مات قبل قبضه، سواء كان المبيع منقولًا أو عقارًا أو جزءًا شائعًا من المنقول أو العقار أو حقًّا من حقوقه.

البيع الصحيح هو ما كان مشروعًا بأصله ووصفه معًا، بحيث يكون مستجمعًا لأركانه وأوصافه، فيترتب عليه أثره المقصود منه، كبيع العاقل البالغ المال المتقوم الموجود القابل للتسليم بإيجاب وقبول معتبرين شرعًا، فإنه يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع للمشتري ونقل ملكية الثمن للبائع، وكالإجارة للانتفاع بعين موجودة انتفاعًا مشروعًا، فيترتب عليها أثرها المقصود منها من نقل الانتفاع إلى المستأجر والأجرة إلى المؤجر، وهكذا في سائر العقود إذا لم يقع خلل في أركانها أو شروطها[1].

وحكم البيع المنعقد الملكية المنعقد يعني صيرورة المشتري مالكًا للمبيع، والبائع مالكًا للثمن، أي إن الحكم الأصلي لأنواع البيع وصوره المختلفة ملكية البدلين، وهذه الملكية عبارة عن المقدرة ابتداء على التصرف، ما لم يكن مانع، ويحترز بقيد: « ابتداء » عن قدرة الوكيل والوصي والمتولي، وبقيد: « ما لم يكن مانع » المبيع المنقول قبل القبض؛ لأن المشتري وإن كان مالكًا المبيع قبل القبض فهو بعدم القبض غير مقتدر على التصرف.

والحاصل: أن المشتري يملك المبيع والبائع يملك الثمن حالًّا في البيع الباتّ، وبعد الإجازة في البيع الموقوف، أي إن ملكية المبيع تنتقل للمشتري، وملكية الثمن تنتقل للبائع[2].

***

◆ (مادة ٤٢٧): يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور:

الأول: إلزام المشتري بدفع الثمن إن كان المبيع حاضرًا والثمن من النقود، وتأديته حالًّا إن كان حالًّا أو عند حلول الأجل إن كان مؤجلًا.

الثاني: إلزام البائع بعد قبضه الثمن الحال بتسليم المبيع للمشتري، فلو كان الثمن مؤجلًا ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٠/ ٢٣٥، ٢٣٦. (٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٩٣.

الثالث: ضمان البائع الثمن للمشتري إن استحق المبيع ببينة أو إقرار المتعاقدين، أو هلك في يد البائع، أو استهلك بغير فعل المشتري، أو بفعل أجنبي واختار المشتري فسخ البيع.

الرابع: ضمان المشتري ثمن المبيع إذا قبضه قبل دفع الثمن.

والبيع الصحيح هو البيع الجائز المشروع ذاتًا ووصفًا.

يفيد البيع الصحيح الملكية حتى قبل القبض، أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكًا للمبيع، كما أن البائع يصبح مالكًا للثمن ولو لم يحصل القبض.

وقد عرفت الكتب الفقهية البيع الصحيح بأنه: « ما كان مشروعًا بأصله ووصفه ».

وعرف علماء الأصول الصحة في العقد بأنها « وأن يكون الفعل موصلًا للمقصود الدنيوي على الوجه اللائق » أي بأن يكون في العبادات مفرغًا ومخلصًا للذمة، وفي المعاملات موصلًا للاختصاصات الشرعية، مثل الأغراض التي تترتب بالعقود والفسوخ، فتعريف الأصوليين هذا يجري حكمه في الإجارة، والكفالة، والحوالة، والهبة، وسائر المعاملات الشرعية، ويجري كذلك في جميع العبادات، ويدخل في تعريف البيع الصحيح البيع النافذ والبيع الموقوف غير الفاسد؛ لأنهما من أقسامه[1].

***

● (مادة ٤٢٨): إذا انعقد البيع موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًّا باع ملك غيره بلا إذنه، أو كان العاقد صبيًّا مميزًا أو صبية كذلك، فلا يفيد ملك المبيع للمشتري، ولا ملك الثمن لصاحب المبيع، إلا إذا أجازه المالك في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة.

البيع الموقوف غير النافذ هو: ما يكون مشروعًا بأصله ووصفه، ويفيد الحكم على سبيل التوقف لأجل غيره، كبيع مال الغير، ويسمى البائع حينئذٍ فضوليًّا؛ لتصرفه في حق غيره بغير إذن شرعي، فمن باع ملك غيره يكون البيع موقوفًا على إجازة المالك، إن شاء رده، وإن شاء أجازه إذا كان المبيع والمتبايعان بحالهم، والبيع الموقوف بيع صحيح عند الحنفية والمالكية، وهو قول عند الشافعية والحنابلة؛ لصدوره من أهله في محله، وباطل عند الشافعية في الصحيح، وهو رواية أخرى عند الحنابلة لعدم الملك والولاية[2].

وعند الشافعي: لا ينعقد؛ لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو؛ لأنها ثبتت بالملك

---

(١) مجلة الأحكام: ١/ ١٠٦.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٩/ ٩٩.

أو بإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، وللأحناف ومن وافقهم أنه تصرف تمليك، وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله[١].

و يتفق هذا مع المادة (١٥٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« بيع مال الغير لحساب مالكه موقوف على إجازته إذا كان بالغًا عاقلًا ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا بيع مال الغير لحساب مالكه ينعقد البيع ويوقف، ولا ينفذ إلا بعد الإجازة من المالك إذا كان بالغًا عاقلًا، فلو كان صغيرًا أو مجنونًا لم ينعقد البيع أصلًا، وهذا إن باعه على أنه ملك مالكه، أما لو باعه على أنه لنفسه أي لحسابه، أو باعه من نفسه « اشتراه » أو شرط الخيار فيه مدة معلومة لمالكه، أو باع عرضًا من غاصب عرض آخر للمالك بهذا العرض الآخر المغصوب فالبيع باطل.

وجاء في المادة (١٥٥) من هذا التقنين نفسه أنه: « يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوه على إجازة الولي ».

ومعناها: أنه يتوقف بيع الصبي المحجور على إجازة الولي، وكذلك المعتوه أي حكمه في البيع كحكم الصبي المحجور؛ وذلك لنقصان الأهلية فيهما[٢].

***

● (مادة ٤٢٩): إذا انعقد البيع نافذًا غير لازم بأن كان فيه خيار شرط للبائع وحده، فلا يخرج المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري، إلا إذا أجاز البائع البيع في مدة الخيار قولًا أو فعلًا، صراحة أو دلالة، أو مضت المدة بدون فسخ أو مات في أثناء المدة.

وكذلك إذا كان الخيار للبائع والمشتري معًا، فلا ينتقل المبيع إلى ملك المشتري ولا الثمن إلى ملك البائع، إلا إذا أجازه المشتري في المدة إجازة معتبرة لم يسبقها ولم يلحقها فسخ من البائع، أو مضت المدة، أو مات المشتري في أثنائها، كما لو كان الخيار له وحده.

شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه، بل يبقى معدودًا من جملة أمواله، فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى، بل يلزمه أداء قيمته للبائع يوم قبضه، أما إذا كان الخيار للبائع فقط ففي ذلك أربعة أحكام، ما دامت مدة الخيار باقية، سواء أكان البيع صحيحًا أم فاسدًا، وهي:

---

(١) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٦٠.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ص : ٢٣٠، ٢٣١.

١ - لا يخرج المبيع من ملك البائع؛ لأن البيع إنما يتم برضاء الطرفين، واشتراط البائع الخيار لنفسه يفيد عدم رضائه بخروج المبيع من ملكه، فيمتنع بذلك نفاذ البيع في حقه، فإذا تصرف في المبيع فتصرفه يكون نافذًا إذا كان المبيع في يده، أما إذا أذن البائع للمشتري بقبض المبيع فليس له بعد ذلك أن يتصرف فيه.

٢ - إذا وقع البيع صحيحًا أو فاسدًا على الوجه المذكور، أي بأن شرط فيه الخيار للبائع فقط، وتلف المبيع في يد المشتري بعد القبض، سواء أكان ذلك القبض بإذن البائع أم بدون إذنه في مدة الخيار مع بقاء الخيار، أو بعد فسخ البيع، فبما أنه قد أصبح البيع منفسخًا والإجازة غير ممكنة فلا يلزم المشتري أداء الثمن المسمى، بل تلزمه قيمة المبيع يوم قبضه للبائع إذا كان من القيميات، أو مثله إذا كان من المثليات، كالمال المقبوض بسوم الشراء، ولو شرط المشتري لنفسه عدم الضمان؛ لأن البيع لما كان موقوفًا عُدَّ لتعذر نفاذه بتلف المبيع مقبوضًا يوم الشراء.

٣ - إذا باع البائع مالًا من آخر وشرط الخيار لنفسه وسلم المبيع بعد قبض الثمن، ثم فسخ البائع البيع في مدة الخيار، فللمشتري حبس المبيع إلى أن يسترد الثمن ويستوفيه.

٤ - إذا وقع البيع على هذا الوجه؛ أي بشرط الخيار للبائع فقط يخرج الثمن من ملك المشتري بالاتفاق، ولا يدخل على قول أبي حنيفة في ملك البائع، بخلاف قول الإمامين[1].

***

(مادة ٤٣٠): إذا هلك المبيع بخيار الشرط في مدة الخيار بعد تسليمه للمشتري، فإن كان الخيار للبائع بطل البيع ويلزم المشتري القيمة يوم قبضه بالغة ما بلغت، وإن كان الخيار للمشتري وهلك في يده فلا يبطل البيع، ويلزمه الثمن المسمى كتَعَيُّبِهِ في يده بعيب لا يرتفع، سواء كان بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع.

إذا تلف البيع بعد القبض فهناك ثماني صور:

١ - إذا تلف المبيع وهو في يد البائع ولا يلزم المشتري شيء، وكذلك لا يترتب على المشتري في البيع بالخيار حكم، ولا يلزمه شيء، حتى ولو سلم البائع المال المبيع إلى المشتري، والمشتري أودعه المال المذكور في أثناء مدة الخيار وتلف في يده، وعلى ذلك فلو باع إنسان مالين من آخر وشرط في البيع الخيار لنفسه، وتلف أحد المالين في يده قبل التسليم، فليس له أن يجيز البيع بدون رضاء المشتري.

(١) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١/ ٢٩٩، ٣٠٠.

٢ - تلفه قبل القبض بإتلاف المشتري إياه.

٣ - تلفه قبل القبض بإتلاف أجنبي إياه، ففي هاتين الصورتين يكون البائع مخيرًا، فله فسخ البيع وتضمين المشتري أو الأجنبي إياه، وله إجازة البيع، فإذا أجاز البيع وكان الأجنبي هو الذي أتلف المبيع يكون المشتري مخيرًا في تضمين البائع أو الأجنبي لو أتلفه في يد البائع.

٤ - تلفه قبل القبض بإتلاف البائع إياه، والحكم فيه انفساخ البيع.

٥ - تلف المبيع بنفسه بعد القبض وقد مرَّ الحكم فيه.

٦ - تلفه بعد القبض بإتلاف المشتري إياه، وكان البيع مشروطًا فيه الخيار للبائع، فله أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من المشتري، وله فسخ البيع وتضمين المشتري.

٧ - تلف المبيع الذي شرط فيه الخيار للبائع بعد تسليمه إلى المشتري بإتلاف أجنبي إياه، فالبائع مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ ثمن المبيع من المشتري، وللمشتري تضمين المتلف المبيع، وله أن يفسخ البيع ويضمن المتلف الأجنبي المبيع.

٨ - تلف المبيع بعد القبض بإتلاف البائع إياه، وهنا ينفسخ البيع ولا يترتب شيء على المشتري.

***

● (مادة ٤٣١)[١]: إذا وقع البيع فاسدًا فلا يملك المشتري المبيع إلا إذا قبضه برضا بائعه، وإذا تعذر رَدُّه ضمنه بمثله لو مثليًّا وإلا فبقيمته يوم قبضه.

والبيع الفاسد هو: ما يكون مشروعًا أصلًا لا وصفًا.

والمراد بالأصل: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه.

وبالوصف: ما عدا ذلك.

وهذا اصطلاح الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل، فالبيع الفاسد عندهم مرتبة بين البيع الصحيح والبيع الباطل، ولهذا يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، لكنه مطلوب التفاسخ شرعًا.

أما جمهور الفقهاء: فالفاسد والباطل عندهم سيان ، فكما أن البيع الباطل لا يفيد الحكم فكذلك الفاسد لا أثر له عندهم، وهذا في الجملة، إلا أن بعض الشافعية وافقوا الحنفية في الفرق بين الفاسد والباطل؛ حيث قالوا: إن رجع الخلل إلى ركن العقد فالبيع باطل،

---

(١) هذه المادة ساقطة من طبعة الفرجاني وتم اثباتها من طبعة نظارة المعارف.

وإن رجع إلى شرطه ففاسد.

واتفق الحنفية على أن حصول الملك بالقبض في البيع الفاسد في مقابل قيمة المبيع، لا الثمن المسمى الذي اتفق عليه الطرفان؛ وذلك لأن العقد منهي عنه، والتسمية فاسدة فلا يجب المسمى، والمعتبر في القيمة يوم القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويوم الإتلاف عند محمد.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (١٣٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

١ - « حكم البيع الفاسد أنه لايفيد ملك المبيع للمشتري إلا بعد القبض برضا البائع.

٢ - ويملكه بمثله إن كان مثليًا وبقيمته إن كان قيميًا.

٣ - وعلى كل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده إذا كان قائمًا بيد المشتري.

٤ - ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصرَّ أحدهما على إمساكه ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المشتري للمبيع إلا بعد قبضه له برضا البائع، صريحًا بأن أمره بالقبض، أو دلالة بأن قبضه في مجلس العقد ولم ينهه البائع عن قبضه، ولم يكن في البيع خيار شرط.

فإذا هلك المبيع بعد قبضه أو تعذر رده فإنه يملكه بمثله إن كان مثليًا، فإن انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة.

وإن كان المبيع قيميًا يملكه بقيمته يوم قبضه إلا في بيع الهازل، و شراء الأب من مال طفله كذلك فإنه لا يملكه حتى يستعمله؛ لأن قبض الأب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث.

وإذا ملكه تثبت جميع أحكام الملك، إلا أنه لا شفعة فيه ولا به لو كان عقارًا؛ لأن حق البائع لم ينقطع؛ لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد، وإنما ملكه بالمثل أو القيمة حالة هلاكه، أو تعذر رده؛ لأنه إذا كان قائمًا بحاله وجب رد عينه، وإنما وجبت القيمة يوم قبضه؛ لأنه دخل به في ضمانه، فلا تعتبر زيادة قميته كالمغصوب.

ويجب على كل من البائع والمشتري فسخ البيع الفاسد قبل القبض أو بعده، ما دام المبيع بحاله في يد المشتري ولم يتغير؛ لأن الفساد معصية يجب رفعها[1].

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (١٣٧) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية ص : ٢١٢، ٢١٣.

● (مادة ٤٣٢): إذا وقع البيع باطلًا فلا ينعقد أصلًا، وإذا قبض المشتري المبيع فلا يكون مالكًا له، وإن هلك في يده ضمن مثله إن وجد أو قيمته.

البيع الباطل هو: ما لم يشرع بأصله لا بوصفه، فهو: كل ما أورث خللًا في ركن البيع أو محله، والمراد بركن البيع الرضا، ويستدل عليه بالإيجاب والقبول أو التعاطي، والمراد بمحله المبيع، فالبيع بالميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل في العقد؛ لأن هذه الأشياء لا تعد مالًا عند أحد ممن له دين سماوي[1]، وإذا وقع البيع باطلاً وحدث فيه تسليم شيء من أحد الطرفين وجب رده؛ لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض، ويجب على كل من الطرفين رد ما أخذه إن كان باقيًا، وهذا باتفاق.

يقول ابن رشد: اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تَفُتْ، حكمها الرد، أي أن يرد البائع الثمن، ويرد المشتري المثمون، ورد المبيع يكون مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص ضمن نقصه؛ لأنه مضمون عليه، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضًا، صرح بهذا الشافعية والحنابلة، وهو ما تفيده قواعد المذهب الحنفي، أما عند المالكية فإن تغير الذات بزيادة أو نقص يعتبر فوتًا ينتقل الحق فيه إلى الضمان بالتصرف في المبيع[2].

و يتفق هذا مع ما ورد في المادة (١١٠) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« لا يترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشتري، فإذا هلك المبيع في يده بلا تعد لا يضمنه ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن البيع إذا وقع باطلًا لا يفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض، فلو هلك المبيع عند المشتري بلا تعد لا يضمنه؛ لأنه أمانة في يده، وذلك لأن العقد قد بطل، وإذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي (درر).

وقيل: يكون مضمونًا؛ لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن، كأن يقول: اذهب بهذا فإذا رضيت به اشتريته بما ذكر.

وفي النهر: واختار السرخسي وغيره، أنه يكون مضمونًا بالمثل أو بالقيمة؛ لأنه لا يكون

(١) ابن عابدين : ٤/ ١٠٥ ، فتح القدير : ٥/ ١٨٥.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٩/ ٥٧.

أدنى حالًا من المقبوض على سوم الشراء؛ لوجود صورة العلة دون المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي القنية: أنه الصحيح؛ لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب، قيل: وعليه الفتوى، وعدم الضمان قول أبي حنيفة، ووجوب الضمان قولهما[١].

***

(مادة ٤٣٣): البيع الباطل هو ما أورث خللًا في ركن البيع أو في محله، والبيع الفاسد هو ما أورث خللًا في غير الركن والمحل، وبعبارة أخرى: البيع الباطل ما لا يكون مشروعًا أصلًا ولا وصفًا، والبيع الفاسد ما كان مشروعًا أصلًا لا وصفًا[٢].

يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أنه لا فرق بين البيع الفاسد والبيع الباطل، فهما مترادفان؛ لأن كلًّا من البيع الفاسد والباطل وقع على خلاف ما طلبه الشارع، ولذلك لم يعتبره، ولم يرتب عليه الأثر الذي رتبه على البيع الصحيح من حصول الملك وحل الانتفاع.

وأسباب فساد البيع هي أسباب بطلانه، وهي ترجع إلى الخلل الواقع في ركن من أركان العقد، أو في شرط من شرائط الصحة، أو لورود النهي عن الوصف الملازم للفعل، أو عن الوصف المجاور عند الحنابلة.

واستدل الجمهور على ذلك بما يأتي:

أ - البيع الباطل أو الفاسد منهي عنه شرعًا، والمنهي عنه يكون حرامًا، والحرام لا يصلح سببًا لترتب الأثر عليه؛ لأن النهي عن التصرف إنما هو لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته.

ب - قال النبي ﷺ: « **من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد** »[٣]، والبيع المنهي عنه وقع على غير ما أمر به الشارع، فيكون مردودًا، فكأنه لم يوجد.

جـ - أجمع سلف الأمة على الاستدلال بالنهي على الفساد، ففهموا فساد الربا من قوله تعالى: ﴿ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ ﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وقوله ﷺ: « **لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل** »[٤] ونهى ﷺ عن بيع وشرط.

(١) حاشية ابن عابدين : ٤/ ١٠٥، فتح القدير : ٥/ ١٨٥.

(٢) جاء في رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٥٠: « المراد بالفاسد الممنوع مجازًا عرفيًّا فيعم الباطل والمكروه، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعًا، وكل ما أورث خللًا في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فمفسد ».

(٣) صحيح البخاري : ٢/ ٩٥٩ برقم ٢٥٥٠.

(٤) صحيح البخاري : ٢/ ٧٦١ برقم ٢٠٢٨.

أما الحنفية: فإن سبب بطلان البيع عندهم يرجع إلى اختلال ركن البيع أو شرط من شرائط الانعقاد، فإذا تخلف الركن أو شرط من شرائط الانعقاد كان البيع باطلًا ولا وجود له؛ لأنه لا وجود للتصرف إلا من الأهل في المحل حقيقة، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل.

أما اختلال شرط من شرائط الصحة فلا يجعل البيع باطلًا، كما هو عند الجمهور، بل يكون فاسدًا، واستدل الحنفية على ذلك بأن البيع الفاسد مشروع فيفيد الملك في الجملة، والدليل على أنه مشروع بأصله: النصوص العامة المطلقة في باب البيع، من نحو قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ويلحظ هنا أن بعض الشافعية يسايرون المذهب الحنفي في التفريق بين البيع الباطل والبيع الفاسد، رغم أن القواعد العامة عندهم تخالف ذلك.

جاء في أسنى المطالب: فرق الأصحاب بين الباطل والفاسد، فقالوا: إن رجع الخلل إلى ركن العقد كبيع الصبي فهو باطل، وإن رجع إلى شرطه أو صفته فهو فاسد.

ومع ذلك فإن هناك من البيوع الباطلة ما هو متفق على بطلانها بين المذاهب الأربعة؛ كالبيع الذي حدث خلل في ركنه، أو في شرط من شرائط انعقاده، كبيع الميتة والدم والملاقيح والمضامين فهذه متفق على بطلانها.

وهناك من البيوع ما هو مختلف في بطلانه بين المذاهب، وهو ما رجع الخلل فيها لغير ما سبق.

فبيع الفضولي مثلًا صحيح، ولكنه موقوف على الإجازة عند الحنفية والمالكية، وهو باطل في الأصح عند الشافعية والحنابلة، والبيع عند النداء يوم الجمعة باطل عند الحنابلة.

ومثل ذلك يقال في بيع المعاطاة، وبيع الكلب المأذون في اتخاذه، وبيع النجش، وهكذا، ويرجع سبب الاختلاف في الحكم على مثل هذه البيوع بالبطلان أو عدمه إلى الاختلاف في الدليل.

و تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (١٠٢) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

البيع الباطل: هو ما أورث خللًا في ركن البيع أو محله، والبيع الفاسد: هو كل ما أورث خللًا فيما عدا ركن البيع ومحله.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن البيع الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، فهو كل ما أورث خللًا في ركن البيع أو محله، والمراد بركن البيع: الرضا، ويستدل عليه بالإيجاب والقبول أو التعاطي، والمراد بمحله: المبيع، فبيع الميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل فيه؛ لأن هذه الأشياء لا تعد مالًا عند أحد ممن له دين سماوي.

والبيع الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه[1].

***

(١) انظر ابن عابدين: ٤/ ١٠٥، وفتح القدير: ٥/ ١٨٥، وانظر مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية المادة (١٠٢).

باب: في تسليم المبيع

الفَصْلُ الأَوَّلُ

في كيفية التسليم ومكانه ووقته

❁ **(مادة ٤٣٤): التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري، على وجه يتمكن المشتري من قبضه[١] من غير حائل ولا مانع.**

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية: التخلية أو التخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع والمشتري قابضًا له، فكانت التخلية تسليمًا من البائع، والتخلي قبضًا من المشتري.

وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بد أن يكون له سبيل الخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع.

والقبض يتم بطريق التخلية، وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع، أي بأن يكون مفرزًا ولا حائل في حضرة البائع مع الإذن له بالقبض.

فقبض العقار عند الجميع؛ كالأرض وما فيها من بناء ونخل ونحوهما، يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه، وذلك بتسليم المفاتيح إن وجدت بشرط الفراغ من الأمتعة، إن كان شراء العقار للسكن عند الحنفية والمالكية، وقبض المنقول كالأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس عند الإطلاق، فالثوب قبضه باحتيازه، والحيوان بتمشيته من مكانه، وقبض الموزون بوزنه، وقبض المكيل بكيله، إذا بيعا كيلًا ووزنًا.

وزاد المالكية: تفريغه في أوعية المشتري، حتى لو هلك قبل التفريغ في أوعية المشتري كان الضمان على البائع عندهم، وهذا لما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: « **إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل** »[٢]، وعن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٠٢) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الأسلامية.

(٢) صحيح البخاري : ٢/ ٧٤٨.

الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري »[١].

وإن بيع جزافًا فقبضه نقله عند الحنابلة، وعند الحنفية قبضه بالتخلية.

وتسليم المبيع يحصل بالتخلية، وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه، إذا أذن البائع للمشتري بتسلم المبيع الذي يكون بحضرة المشتري أولًا، ومفرزًا ثانيًا، وغير مشغول بحق الغير ثالثًا، أي بحيث لا يكون مانع ولا حائل بين المشتري وقبض المبيع وأذن له بالتسلم والحالة هذه يحصل التسليم؛ لأن ذلك غاية جهد البائع في تسليم المبيع، والقبض بالفعل عائد إلى المشتري وليس في طاقة البائع[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٣٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يأتي:

« تسليم المبيع أو الثمن يكون بالتخلية على وجه يتمكن معه البائع أو المشتري من القبض بلا مانع ولا حائل ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: التسليم في المبيع والثمن يكون بالتخلية، وهي قبضٌ حكمًا لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة، وذلك يختلف بحسب حال المبيع؛ ففي نحو بيع حنطة في بيت مثلًا: مجرد دفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو: دار، فالقدرة على إغلاقها قبض، أي بأن تكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو: بقر في مرعى، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض، وفي نحو: فرس أو طير في بيت، إمكان أخذه منه بلا معين قبض.

ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق الغير، وألا يكون هناك حائل، بأن يكون المبيع في حضرته.

وشَرَطَ صاحب كتاب الأجناس شرطًا ثالثًا، وهو أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله، أو قال: خليت وكان بعيدًا لم يصر قابضًا، والمراد بالبعيد: ما لا يقدر على قبضه بلا كلفة[٣].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٤]، ونصها:

---

(١) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣١٦ برقم ١٠٤٨١. (٢) مجلة الأحكام العدلية: ١/ ٢٥١ المادة (٢٦٣).

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٤) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٤) انظر المادة (٤٠٢) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية =

١ - « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون حائل، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديًّا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع.

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية »[1].

***

= ص : ١٣٢.

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني المصري.

وتطابق المادتين (٤٧٢، ٤٧٣) من التقنين الكويتي.

وتتفق في أحكامها مع أحكام المواد (٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠) من المدني العراقي، فالمادة (٥٣٨) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - « تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل.

٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت، يعتبر إذنًا من البائع له في القبض ».

و المادة (٥٣٩) من هذا القانون تنص على أنه: «إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة ».

و (المادة ٥٤٠) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه، أو باعه منه، أو وهبه إياه، أو رهنه له، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضًا للمبيع.

٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع، أو باعه، أو وهبه، أو رهنه، أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشتري ».

وتقابل المواد (٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨) من القانون المدني الأردني:

(فالمادة ٤٩٤) من هذا القانون تنص على ما يأتي:

١ - « يتم تسليم المبيع إما بالفعل، أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه، وعدم وجود مانع يحول دون حيازته.

٢ - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله ».

و المادة (٤٩٥) تنص على أنه: « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا لم يتفق على خلاف ذلك ».

و المادة (٤٩٦) تنص على أنه: « إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلمًا للمبيع في حالة معينة، أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا اعتبر التسليم قد تم حكمًا ».

و المادة (٤٩٧) تنص على أنه: «يتم التسليم حكمًا بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي ».

و المادة (٤٩٨) تنص على ما يأتي:

« يعتبر التسليم حكميًّا أيضًا:

١ - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري.

٢ - إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة، وإلا اعتبر متسلمًا فلم يفعل ».

(مادة ٤٣٥): التخلية قبضٌ حكمًا، وهي تختلف بحسب حال المبيع، فإن كان المبيع عقارًا كدار أو حانوت أو نحوه مما له قُفْل فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له بقبضه، كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري والإذن له باستلامه إن كان المبيع قريبًا منه.

يختلف القبض باختلاف المبيع؛ فلو اشترى حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إليه وقال: خليت بينك وبينها، فهو قبض، وإن دفعه ولم يقل شيئًا لا يكون قبضًا، وإن باع دارًا غائبة فقال: سلمتها إليك فقال: قبضتها، لم يكن قبضًا، وإن كانت قريبة كان قبضًا: وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهي بعيدة، وفي جمع النوازل: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه بلا كلفة، وكذا لو اشترى بقرًا في السرح فقال البائع: اذهب واقبض، إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضًا، ولو اشترى ثوبًا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، إن كان حين أمره بقبضه أمكنه ذلك من غير قيام صح التسليم، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح، ولو اشترى طيرًا أو فرسًا في بيت، وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب، إن أمكنه أخذه بلا عون كان قبضًا.

وحاصله: أن التخلية قبض حكمًا لو مع القدرة عليه بلا كلفة، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلًا، فدَفْعُ المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض، أي بأن يكون في البلد فيما يظهر، وفي نحو بقر في مرعى، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض، وفي نحو فرس أو طير في بيت إمكان أخذه منه بلا معين قبض.

والمراد من قوله: بلا مانع: أن يكون مفرزًا غير مشغول بحق غيره، فلو كان المبيع شاغلًا كالحنطة في جوالق البائع لم يمنعه.

وفي الملتقط: ولو باع دارًا وسلمها إلى المشتري، وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليمًا حتى يسلمها فارغة، وكذا لو باع أرضًا وفيها زرع.

وفي البحر عن القنية: لو باع حنطة في سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن في فراش، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهي عليها بالتخلية، إن كانت متصلة بملك البائع، وعن الوبري: المتاع لغير البائع لا يمنع، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح، وصار المتاع وديعة عنده.

ولو اشترى دارًا مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها، ويدخل في الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة، فليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن؛ لعدم القبض، وهي واقعة الفتوى، سئل عنها ورأيت نقلها في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين، ولو باع

المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها، ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم، وكذا لو اشترى غائبًا لا يطالبه بثمنه ما لم يتهيأ المبيع للتسليم.

و الظاهر أن المراد بالتخلية: الإذن بالقبض، لا خصوص لفظ التخلية؛ لما في البحر، ولو قال البائع للمشتري بعد البيع: خذ، لا يكون قبضًا، ولو قال: خذه، يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه.

وكذا الهبة والصدقة فلا تكون تخلية البعيد فيهما قبضًا، قال في البحر: وعلى هذا، تخلية البعيد في الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بتسليمها.

و بهذا فقد أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضًا، وفي البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنه قبض، وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة لا تكون قبضًا باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة، ذكر الفقيه أبو الليث: أنه لا يصير قابضًا في قول أبي يوسف، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه يصير قابضًا ولم يذكر فيه خلافًا.

ولو قبض المشتري المشترى قبل نقده بلا إذن البائع، فطلبه منه فخلّى بينه وبين البائع لا يكون قبضًا حتى يقبضه بيده، بخلاف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشترى، ولو اشترى بقرة مريضة وخلاها في منزل البائع قائلًا: إن هلكت فمني، وماتت، فمن البائع لعدم القبض، وكذا لو قال للبائع: سقها إلى منزلك فأذهب فأتسلمها، فهلكت حال سوق البائع، فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشتري، قال المشتري للعبد: اعمل كذا، أو قال: للبائع مره يعمل كذا فعمل فعطب العبد هلك من المشتري؛ لأنه قبض، قال المشتري للبائع: لا أعتمدك على المبيع، فسلمه إلى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن، ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع؛ لأن الإمساك كان لأجله.

ولو اشترى وعاء لبن خائر في السوق فأمر البائع بنقله إلى منزله فسقط في الطريق، فعلى البائع إن لم يقبضه المشتري.

ولو اشترى في المصر حطبًا فغصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع؛ لأن عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف.

قال للبائع: زنه له وابعثه مع غلامك أو غلامي، ففعل وانكسر الوعاء في الطريق فالتلف من البائع، إلا أن يقول: ادفعه إلى الغلام؛ لأنه توكيل للغلام، والدفع إليه

كالدفع إلى المشتري[١].

***

(مادة ٤٣٦): إذا كان المبيع أرضًا فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع، على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه، فإن كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر قابضًا بمجرد إذن البائع له بالقبض[٢].

المشتري إذا كان في العرصة أو في الأرض المبيعة، أو كان يزاحمهما من طرفهما يكون إذن البائع له بالقبض تسليمًا.

وإذا كان أبعد من ذلك فلا يكون الإذن له بالقبض تسليمًا؛ لأن الأذن بالقبض يقوم مقام القبض فيما إذا كان القبض ممكنًا، فإذا كان المبيع بعيدًا ولا يمكن قبضه بالإذن لا يكون قبضًا عند الإمامين[٣].

***

(مادة ٤٣٧): إذا كان المبيع منقولًا فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله، كما يكون بالتخلية والإذن بالقبض، فإن كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق إلى المشتري مع الإذن له بقبضه[٤].

اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول، فذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق بين المنقولات فيما يعتبر قبضًا لها؛ حيث إن بعضها يتناول باليد عادة وبعضها الآخر لا يتناول، وما لا يتناول باليد نوعان:

أحدهما: لا يعتبر فيه تقدير في العقد.

والثاني: يعتبر فيه، فتحصل لديهم في المنقول ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة، كالنقود والثياب والجواهر والحلي وما إليها، وقبضه يكون بتناوله باليد عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة.

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٥٦١، ٥٦٢.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٣٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) المادة (٢٦٦) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني.

(٤) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الحالة الثانية: أن يكون مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه لكنه لم يراع فيه؛ كالأمتعة والعروض والدواب والصبرة جزافًا، وفي هذه الحالة اختلف المالكية مع الشافعية والحنابلة في كيفية قبضه على قولين:

أحدهما للمالكية: وهو أنه يرجع في قبضه إلى العرف.

والثاني للشافعية والحنابلة: وهو أن قبضه يكون بنقله وتحويله، واستدلوا على ذلك بالمنقول والعرف، فأما المنقول فما روي عن عبد اللَّه ﷺ أنه قال: « كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام »[1]، وقيس على الطعام غيره، وأما العرف، فلأن أهله لا يعدون احتواء اليد عليه قبضًا من غير تحويل؛ إذ البراجم لا تصلح قرارًا له.

الحالة الثالثة: أن يكون مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، كمن اشترى صبرة حنطة مكايلة، أو متاعًا موازنة، أو ثوبًا مذارعة، أو معدودًا بالعدد، وفي هذه الحالة اتفق الشافعية والمالكية والحنابلة على أن قبضه يكون باستيفائه بما يقدر به من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.

واشترط الشافعية بالإضافة إلى ذلك نقله وتحويله، ودليل جمهور الفقهاء: أن قبض المقدرات من المنقولات إنما يكون بتوفيتها بالوحدة القياسية العرفية المراعاة فيها من الكيل أو الوزن أو الذرع أو العد، فهو ما روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري »[2]، وقوله ﷺ: « **من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله** »[3]، فدل ذلك على أنه لا يحصل فيه القبض إلا بالكيل، فتعين فيما يقدر بالكيل الكيل، وقيس عليه الباقي.

وقال الحنفية: قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجه التمكين.

جاء في مجلة الأحكام العدلية: « تسليم العروض يكون بإعطائها ليد المشتري، أو بوضعها عنده، أو بإعطاء الإذن له بالقبض مع إراءتها له ».

وجاء في الفتاوى الهندية: رجل باع مكيلًا في بيت مكايلة، أو موزونًا موازنة، وقال: خليت بينك وبينه، ودفع إليه المفتاح، ولم يكله ولم يزنه، صار المشتري قابضًا.

وتسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من

---

(١) صحيح البخاري: ٢/ ٧٥٩ برقم ٢٠٥٨.
(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣١٦ برقم ١٠٤٨١.
(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٥/ ٣١٣ برقم ١٠٤٦٧.

قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن.

واستدل الحنفية على اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضًا بأن تسليم الشيء في اللغة معناه: جعله سالمًا خالصًا لا يشاركه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، وبأن من وجب عليه التسليم لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، أما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز.

وقد وافق أحمد في رواية عنه الحنفية على اعتبار التخلية في المنقول قبضًا؛ وذلك لحصول الاستيلاء بالتخلية؛ إذ هو المقصود بالقبض، وقد حصل بها[1].

***

● (مادة ٤٣٨): كيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ووضعها في الأوعية والجوالق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها يكون تسليمًا[2].

كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليمًا، فضمانه على البائع قبل ذلك؛ لعدم تحقق التسليم.

وفي الطحطاوي: باع الحيوان وسلم رسنه للمشتري تم التسليم لو فرَّ من بينهما، وفي الهندية: إذا باع الحيوان في القفر، وكان بإمكان المشتري مسكه بحبال ومعاونين تم التسليم لإمكان القبض عليه، وإلا فلا؛ لأن التسليم يمكن أن يكون بصعوبة مع القدرة، ويكون التسليم قد وقع بالتبعية، أما وضع المكيلات والموزونات في الظرف الذي أعده البائع فلا يكون تسليمًا، وكذا إذا اشترى حنطةً وأمر البائع بطحنها وقع التسليم حكمًا، إلا إذا طلبها المشتري بعد الطحن وتمنع البائع من تسليمها، وكذا استعمال البائع المبيع بعمل للمشتري بأمره يكون تسليمًا، وكذا إذا كان المبيع بابًا ذا جناحين أو حذاء فاستلم المشتري بعضه وأتلفه أو عيب المشتري أحدهما وهو في يد البائع أو عيبه البائع بأمر المشتري تم التسليم.

ولا يصح بيع المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة، ولا يتم التسليم إلا إذا وضع في وعاء المشتري، حتى ولو كان قد استعاره من البائع، ولا يقع التسليم من البائع بالوكالة عن المشتري، والفرق بين إعطاء الوعاء من المشتري إلى البائع ووضع المبيع فيه، وبين توكيل المشتري البائع باستلام المبيع ظاهر؛ لأن توكيل البائع لقبض المبيع لا يجوز أصلًا.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢/ ٢٦٠ وما بعدها.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا اشترى المشتري زيتًا فأمر البائع بوضعه في وعاء، وبعد أن وضع قسمًا منه انكسر الوعاء وسال الزيت دون أن يشعر البائع بذلك، وبقي البائع يضع الزيت الباقي في الوعاء فضمان ما وضع فيه قبل الكسر على المشتري لتحقق التسليم، وضمان الباقي على البائع، وإذا بقي في أسفل الوعاء جانب من الزيت ووضع البائع الباقي فوقه لعدم علمه بانكسار الوعاء، فيكون قد أتلف ما وضعه للمشتري أولًا في الوعاء ويضمن مثله له، إلا إذا كان الوعاء بيد المشتري فيتم التسليم لجميع المبيع.

وإذا كان الوعاء مكسورًا في الأصل، وكان ذلك معلومًا عند أحد المتبايعين دون الآخر، ووضع البائع المبيع فيه وتلف، فالضمان على من كان يعلم ذلك، ويجب أن يكون وضع الأشياء في الظرف والوعاء من أجل التسليم لا من أجل الوزن؛ لأن الوعاء إذا سلم لأجل الوزن وكسر وتلف المبيع لا يضمن المشتري منه شيئًا، وإذا أتلف المشتري المبيع أو بعضًا منه فيكون قد قبضه حكمًا؛ إذ بإتلافه بعض المبيع يكون قد استلمه، إلا إذا طلب الباقي وامتنع البائع من تسليمه وتلف في يده فيكون ضمان الباقي على البائع.

وإذا كان المبيع بابًا ذا جناحين فاستلم المشتري أحدهما وعيبه أو استهلكه، أو عيب المبيع بعيب ينقص قيمته، أو آجر المبيع وسلمه، أو وهبه وسلمه، أو أعاره، أو رهنه، أو وهبه البائع بدون إذن المشتري وأجاز المشتري بعد ذلك هذه العقود وقع التسليم حكمًا إذا كان البيع صحيحًا لا فاسدًا، وكذا إذا أتلف المبيع وهو في يد البائع أجنبيٌّ وطالب المشتري المتلف بالضمان وقع التسليم حكمًا وإلا فلا.

أما أمر المشتري البائع بإجراء عمل في المبيع لا ينقص قيمته كالغسل، وإيداع المشتري المبيع عند البائع أو إعارته أو إيجاره له أو إعطاؤه المبيع رهنًا على الثمن كله أو بعضه فلا يعد تسليمًا، وإذا استعمل البائع المبيع بالإيجار الواقع على هذه الصورة لا يدفع الأجرة، وإذا آجره البائع من غيره فالأجرة له لا للمشتري، وإذا تلف باستعمال البائع قبل التسليم فضمانه على البائع لا على المشتري[1].

* * *

● (مادة ٤٣٩): إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من الملك ينوب القبض الأول عن الثاني.

---

(١) شرح مجلة الأحكام للمحاسني المادة (٢٧٣).

وإن كان المبيع في يد المشتري عارية أو وديعة أو رهنًا فلا يصير قابضًا بمجرد العقد[١]، إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه[٢].

الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما مناب الآخر؛ يعني أن يكون كلًّا منهما قبض أمانة، أو قبض ضمان، أما إذا اختلفا فينوب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون.

بيانه: أن الشيء إذا كان في يده بغصب أو مقبوضًا بعقد فاسد فاشتراه من المالك عقدًا صحيحًا ينوب القبض الأول عن الثاني، حتى لو هلك قبل أن يرده إلى بيته ويصل إليه، أو يتمكن من أخذه فالهلاك عليه، وكذا لو كان الشيء في يده وديعة، أو عارية فوهبه منه مالكه لا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني، ولو كان في يده بالغصب، أو بالعقد الفاسد فوهبه المالك منه فهاهنا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني، وإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه يصير قابضًا بالتخلية والرهن كالعارية[٣].

***

● (مادة ٤٤٠): يشترط في التسليم أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق البائع، فإن كان المبيع دارًا مشغولة بمتاع للبائع أو أرضًا مشغولة بزرعه فلا يصح التسليم، إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الزرع[٤]، ويجبر على التفريغ والتسليم للمشتري إذا نقده الثمن[٥].

تسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن، وشرط البعض مع ذلك أن يقول: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويشترط في التسليم أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق غيره.

فإذا باع رجلًا مكيلًا في بيت مكايلة، أو موزونًا موازنة، وقال للمشتري: خليت بينك وبينه فاقبضه لا يكون قابضًا، والحاصل أن التخلية بين المبيع وبين المشتري تكون قبضًا عند أبي حنيفة بثلاث شرائط:

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري: قد قبضت.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يصل إلى الأخذ من غير مانع.

---

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) يستفاد حكم فقرتيها من أواخر فصل فيما يتعلق بالقبض من الأنقروية ص: ٢٥٥، ٢٥٦ من البيوع.

(٣) مجمع الضمانات ص: ٢١٧.

(٤) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) في الفتاوى الهندية: ٣/ ١٦.

الثالث: أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق الغير، فإن كان شاغلًا لحق الغير كالحنطة في جوالق البائع وما أشبه ذلك فذلك لا يمنع التخلية، واختلف أبو يوسف ومحمد في التخلية في دار البائع، قال أبو يوسف: لا تكون تخلية، وقال محمد: تكون تخلية[١].

فتسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشتري إياه؛ لأن إثبات الاقتدار بالتصرف للمشتري لازم، فيجب أولًا: إذن البائع للمشتري باستلام المبيع، ويجب ثانيًا: أن يكون المشتري قادرًا على استلامه بلا مانع، وكذا أن يكون المبيع مفرزًا وغير مشغول بحق الغير، بناءً عليه: إذا باع البائع دابته الموجودة في داره حين البيع وقال للمشتري: استلمها فقال له المشتري: أبقها عندك للغد فتلفت تتلف من مال المشتري عند محمد؛ لتحقق التسليم، وهو القول المفتى به خلافًا لأبي يوسف حيث قال بأن التخلية في دار البائع ليست بتسليم، وكذا إذا باع البائع متاعًا إلى المشتري وأمره بقبضه، وكان بإمكان المشتري أخذ المبيع بدون أن يقوم من أرضه ولم يأخذه وتلف فضمانه على المشتري[٢].

***

(مادة ٤٤١): إذا قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وهو يقبضه[٣]، ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك إذنًا من البائع له بالقبض.

عدم منع البائع حينما يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون إذنًا من البائع بالقبض، ومثل البائع في ذلك كل من له حق حبس المبيع بوجه من الوجوه، سواء أكان البيع صحيحًا أم فاسدًا، فالقبض في مجلس العقد على هذا الوجه صحيح، والإذن بالقبض على هذا الوجه إذن دلالة، فيتقيد بالبيع في مجلس العقد، وإذًا لا يجوز قبض المبيع بيعًا فاسدًا بعد مجلس العقد بدون رضاء البائع صراحة، وكما أن القبض بإذن البائع دلالة معتبر، فكذلك قبضه صراحة، سواء أكان الإذن في مجلس العقد أو بعده، فإذا قبض المشتري المبيع على هذا الوجه فليس للبائع استرداد المبيع وحبسه لاستيفاء ثمن المبيع[٤].

وتتفق هذه المادة مع المادتين (٤٠٣) مدني سوري، و (٥٣٩) مدني عراقي، والمواد (٢٧٦، ٢٧٧) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٤٩٥) من القانون المدني الأردني،

---

(١) مجمع الضمانات ص: ٢٣٨.

(٢) مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٢٦٣).

(٣) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٧٦): ١/ ٢٥٩.

ونصها: « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا، ما لم يُتفق على خلاف ذلك ».

***

(مادة ٤٤٢): إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن المستحق أداؤه بلا إذن بائعه، فلا يكون قبضه معتبرًا، وللبائع حق استرداده، فإن هلك المبيع في يد المشتري ينقلب القبض معتبرًا ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن.

قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرًا، إلا أن المشتري لو قبض المبيع بدون الإذن وهلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبرًا حينئذ، و المقصود من الثمن هنا: المعجل، فإذا قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أن يؤدي الثمن إلى البائع وباعه من آخر أو أجره أو رهنه أو وهبه أو تصدق به وسلمه، أي تصرف به تصرفًا قابلًا للنقض والفسخ فللبائع أن ينقض هذه التصرفات، وأن يسترد المبيع ليحبسه حتى قبض الثمن.

ومن ذلك: أن يقبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل نقد الثمن، ويبيعه من شخص آخر ويسلمه إليه، فإن شاء البائع الأول استرداد المبيع، ينظر، فإذا أقر ذلك الشخص دعوى البائع كان له استرداد المبيع، وحينئذ يكون البيع الثاني باطلًا، وإن أنكر الدعوى أو أجاب بعدم العلم تؤجل الدعوى إلى حين حضور المشتري الأول، فإذا حضر وصدق دعوى بائعه فتصديقه حكم على المشتري الثاني، وإذا كذبه طولب البائع بالبينة على دعواه، فإذا أثبتها بحضور المشتري الأول والمشتري الثاني حكم على البائع الثاني برد المبيع إلى بائعه الأول، وعلى هذا الوجه ينفسخ البيع الثاني أيضًا ما لم ينقد المشتري الأول البائع ثمن المبيع قبل الرد، وعلى هذا إذا دفع المشتري الأول ثمن المبيع إلى البائع بعد أن استرد البائع المبيع لا يعود البيع الثاني، انظر المادة (٥١).

وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري الثاني فالبائع يضمن قيمته، والقيمة المذكورة في يد البائع تكون في حكم عين المبيع، حتى إذا هلكت القيمة المذكورة في يد البائع ينفسخ البيع الأول والثاني فيسترد المشتري الثاني ما دفعه إلى المشتري الأول من الثمن، فإذا دفع المشتري الأول إلى البائع ثمن المبيع قبل هلاك القيمة المذكورة في يد البائع أخذ تلك القيمة من البائع، وليس للمشتري الأول أن يأخذ تلك القيمة من المشتري الثاني، بل له أن يسترد الثمن الذي دفعه، فعلى هذا الوجه إذا قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع، وطلب

البائع من المشتري إعادة المبيع إليه، فأذن المشتري له بقبضه فلا يكون البائع قابضًا للمبيع، بل يجب أن يقبضه حقيقة، أما إذا قبض المشتري المبيع بدون إذن، وتلف في يده أو تعيب، كان القبض معتبرًا.

ويفيد التقييد بدون إذن البائع أنه يجوز للمشتري أن يقبض المبيع قبل أداء الثمن المعجل بإذن البائع، وكذلك إذن البائع بقبض شيء واحد من الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كإذن البائع للمشتري بقبض أحد مصراعي الباب، أو إحدى زوجي الحذاء في حكم الإذن بقبض الآخر، حتى لو قبض المشتري هذين الشيئين بناء على إذن البائع بقبض أحدهما فليس للبائع أن يطلب استرداد ذلك بداعي أنه لم يأذنه إلا باستلام شيء واحد، فإذا استرد البائع المبيع جبرًا كان غاصبًا، وإذا كان المبيع ثوبًا مثلًا فقبضه المشتري بلا إذن ثم صبغه، أو كان المبيع عرصة ثم أنشأ فيها المشتري دارًا، أو غرس فيها أشجارًا فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه حتى يقبض الثمن، فإذا أراد البائع هدم البناء وقلع الأشجار وإعادة المبيع إلى حاله الأصلية ينظر، فإن كان ليس في ذلك ضرر على المبيع تهدم الدار وتقلع الأشجار، وإن كان فيه ضرر فللبائع ألا يفعل ذلك، وإذا كان ذلك ثوبًا فقدم في يد البائع ضمن البائع للمشتري كلفة الصبغ الذي كان في الثوب.

إذا تسلم البائع ثمن المبيع وضبط منه بالاستحقاق ينظر، فإن كان المشتري تصرف في المبيع تصرفًا قابلًا للفسخ كبيعه من آخر أو إيجاره أو رهنه وتسليمه فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه لاستيفاء الثمن، وكذلك إذا تصرف فيه تصرفًا غير قابل للفسخ[1].

***

● (مادة ٤٤٣): تأجير المشتري المبيع قبل قبضه ولو من بائعه، أو بيعه قبل قبضه ولو منه وهو منقول غير جائز، فلا يصير به قابضًا للمبيع[2].

وإن وهب المشتري العين المبيعة قبل قبضها، أو رهنها قبله وقبضها الموهوب له أو المرتهن جاز، وقام قبضه مقام قبض المشتري[3].

« قال محمد: كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز، وكل ما لا يجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشتري قبل القبض جاز، ويصير المشتري

---

(١) شرح مجلة الأحكام المادة (٢٧٧) : ١/ ٢٦٠.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٢) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٦١.

قابضًا؛ وذلك لأن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشتري ».

ومن القبض ما لو أودعه المشتري عند أجنبي أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه، لا لو أودعه أو أعاره أو آجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن، وقال: تركته عندك رهنًا على الباقي، ومنه ما لو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبًا، أو أمر البائع بذلك ففعل، أو أمره بطحن الحنطة فطحن، أو وطئ الأمة فحبلت، ومنه ما لو اشترى دهنًا ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشتري، فهو قبض، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه فيه بأمره، ومنه ما لو غصب شيئًا ثم اشتراه صار قابضًا، بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية، ولو اشترى ثوبًا أو حنطة فقال للبائع: بعه، قال الإمام الفضلي: إن كان قبل القبض والرؤية كان فسخا، وإن لم يقل البائع: نعم؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية، وإن قال: بعه لي أي كن وكيلًا في الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخًا، وكذا لو بعد القبض والرؤية، لكن يكون وكيلًا بالبيع سواء قال: بعه أو بعه لي.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٢) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه إلا إذا كان عقارًا لا يخشى هلاكه ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن بيع المشتري العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه من البائع، يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لعدم الغرر، أي غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك؛ لندرة هلاك العقار.

وقال محمد: لا يجوز.

والتعبير بالصحة دون النفاذ واللزوم؛ لأن البيع يكون موقوفًا على نقد الثمن، أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطال بيع المشتري، وكذا كل تصرف منه يقبل القبض إذا فعله قبل القبض أو بعده، بغير إذن البائع؛ لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر؛ لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن.

أما بيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، ولأن فيه غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض، فيتعين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه، وذلك مفسد للعقد.

وكذلك العقار الذي يخشى هلاكه، بأن كان علوًا أو على شط نهر، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه، فلا يصح اتفاقًا.

والأصل - كما في الفتح -: أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه، كالمبيع في البيع، والأجرة إذا كانت عينًا في الإجارة، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينًا، لا يجوز بيع شيء من ذلك، ولا أن يشرك فيه غيره.

وما لا ينفسخ بهلاك العوض، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر، وبدل الخلع، إذا كان كل منهما عينًا، يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وهذا القول لأبي يوسف.

وعلى هذا فغير البيع من التصرفات التي لا تتم إلا بالقبض، كالهبة ونحوها، تجوز اتفاقًا؛ لانتفاء علة المنع.

وتتفق هذه المادة بوجه ما مع ما جاء في المادة (٤٩٨) من القانون المدني الأردني، ونصها: « يعتبر التسليم حكميًّا أيضًا:

١ - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري.

٢ - إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معقولة، وإلا اعتبر متسلمًا فلم يفعل ».

***

(مادة ٤٤٤): مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع حيث كان وقت العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد[1].

مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذ، مثلًا: لو باع رجل وهو في (إسلامبول) حنطة هي في (تكفور طاغي) يلزم عليه تسليم الحنطة الموقوتة في (تكفور طاغي)، وليس عليه أن يسلمها في (إسلامبول).

لا يشترط في عقد البيع بيان المكان الذي يسلم فيه المبيع، فعقد البيع المطلق الذي لا يبين فيه مكان تسليم المبيع يسلم فيه المبيع إلى المشتري في المكان الذي كان فيه المبيع حين العقد، لا في مكان عقد البيع، حتى إذا نقل البائع المبيع بلا إذن المشتري من المحل الذي كان فيه حين العقد إلى مكان آخر وجب عليه إعادته إلى حيث كان، أما ثمن المبيع فإن كان محتاجًا إلى الحمل والمؤنة فيجب بيان مكان تسليمه في العقد، فلذلك تقيدت هذه المادة بالمبيع كما هو واضح في نصها.

وتلتقي هذه المادة مع ما جاء في المواد (٤٠٤) مدني سوري، و (٥٤١) مدني عراقي،

---

(١) نقلها في تنقيح الحامدية من البيوع وهو ظاهر المذهب.

والمادة (٤٩٩) مدني أردني، ونصها:

١ - « البيع المطلق يقتضي تسليم المبيع في كل وجوده وقت العقد.

٢ - إذا تضمن العقد أو اقتضى إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ».

* * *

(مادة ٤٤٥): إذا كان المشتري لا يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه واستلم المبيع حيث كان موجودًا[١].

إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد، وعلم به بعد ذلك كان مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، وقبض المبيع حيث كان موجودًا؛ ذلك أنه يعتبر في تسليم المبيع مكان البيع، فإذا لم يبين البائع مكان المبيع، ولم يكن المشتري يعلم وكان ظاهرًا أنه لم يكن في مكان العقد، ثم اطلع المشتري على مكانه فالبيع صحيح، إلا أن المشتري يكون مخيرًا خيار كشف الحال، فله فسخ البيع وترك المبيع، وله قبضه من حيث كان حين العقد بكل الثمن المسمى[٢].

* * *

(مادة ٤٤٦): إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور[٣].

إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور، مثال ذلك: أن يبيع شخص حنطة من مزرعة له على أن يسلمها إلى المشتري في داره، فيجب عليه تسليمها إلى المشتري في داره، وكذلك إذا شرط تسليم المبيع الذي يحتاج إلى مؤنة في نقله إلى محل معين فيجب تسليمه هناك، وإن كان يصح البيع بشرط تسليم المبيع في محل معين حسب هذه المادة؛ إلا أنه لا يصح البيع بشرط حمل المبيع ونقله إلى دار المشتري (هندية)، ففي هذه المسألة قد تعين محل المبيع مكانًا للتسليم، فاشتراط نقله إلى دار المشتري بعد ذلك شرط زائد ومفسد، أما المسألة التي ذكرتها المجلة فليست على هذا الوجه[٤].

---

(١) نقلها في الأنقروية من أوسط البيوع في الأول فيما يجوز بيعه وما لا يجوز، وفي الخانية في أوائل البيع الفاسد.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٢٩٦ المادة (٢٨٦).

(٣) يستفاد من عبارتي الأنقروية والخانية في أوائل البيع الفاسد.

(٤) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر : ١/ ٢٧٠ المادة (٢٨٧).

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٣) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[١]، ونصها:

والتي تنص على أنه: « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك »[٢].

***

(مادة ٤٤٧): يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقده الثمن للبائع، ولو شرط البائع[٣] في عقد البيع تأجيل المبيع[٤] المعين وتسليمه للمشتري في وقت كذا يفسد البيع، ولو شرط المشتري[٥] أخذ المبيع في وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز، فلو شرط أخذ المبيع قبل نقد الثمن بلا تعيين وقت لأخذه فسد.

الشرط الذي يقتضيه العقد، ومعناه: أن يجب بالعقد من غير شرط، فإنه لا يوجب فساد العقد، كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، وأما إن كان شرطًا لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا، إلا أنه يلائم ذلك العقد، ونعني به: أنه يؤكد موجب العقد، وذلك كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلًا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة أو التسمية حاضر في مجلس العقد فقبل الكفالة، أو كان غائبًا عن مجلس العقد فحضر قبل أن يتفرقا، و قبل الكفالة جاز البيع استحسانًا.

وكذا البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنًا، والرهن معلوم بالإشارة أو التسمية، جاز البيع استحسانًا وإن لم يكن الرهن من مقتضيات العقد، إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد، قال في المنتقى: وإن لم يكن الرهن معينًا ولكن كان مسمّى إن كان عرضًا لم يجز، فإن كان

---

(١) انظر المادة (٤٠٣) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٣٣.

(٢) تتفق هذه المادة في حكمها مع المادة (٤٤٩/ ٢) من التقنين الأردني التي تنص على أنه: « إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ».

وتتفق في حكمها مع المادة (٤٧٦) من التقنين الكويتي التي تنص على أنه: « إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه، ما لم يتفق على غير ذلك ».

(٣) قوله: ولو شرط البائع... إلخ، نقله في الهندية من الباب العاشر من البيوع في أوسطه، وفي رد المحتار من كتاب البيوع أيضًا.

(٤) في طبعة دار الفرجاني « البيع » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(٥) قوله: ولو شرط المشتري... إلخ، نقله في رد المحتار أواخر فصل: فيما يدخل في البيع تبعًا، بالعزو إلى محمد نقلًا من البحر، ونقله في الخانية من أوائل الفصل في الشروط المفسدة للبيع.

مكيلًا أو موزونًا موصوفًا فهو جائز، وإن لم يكن الرهن معينًا ولا مسمّى وإنما شَرَطا أن يرهنه بالثمن رهنًا فالبيع فاسد، إلا إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفعه المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو تعجل المشتري الثمن ويبطل الأجل فيجوز البيع استحسانًا[١].

* * *

● (مادة ٤٤٨): إذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر ومن العدديات المتقاربة، وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن كل كيل أو رطل أو فرد منها على حدته، فإن وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع، وإن ظهرت ناقصة عن المقدار المعين في العقد فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإن ظهر أنها زائدة على المعين في العقد فالزيادة للبائع[٢].

المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع، سواء سمي ثمنها فقط أو بُيِّنَ وفُصِّل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة، إلا أنه إذا وجد عند التسليم تامًّا لزم البيع، وإذا ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإذا ظهر زائدًا فالزيادة للبائع، مثلًا: لو باع صبرة حنطة على أنها خمسون كيلة، أو على أنها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش أي بخمسمائة قرش، فإذا ظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع، وإن ظهرت خمسًا وأربعين كيلة فالمشتري مخير إن شاء فسخ، وإن شاء أخذ الخمس والأربعين كيلة بأربعمائة وخمسين قرشًا، وإن ظهرت خمسًا وخمسين كيلة فالخمس الكيلات الزائدة للبائع.

وكذا لو باع جملة بيض على أنه مائة بيضة، أو على أنه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشًا، فإن ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ تسعين بيضة بخمس وأربعين قرشًا إذا ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشرة الزائدة للبائع.

وكذلك لو باع زق سمن على أنه مائة رطل يكون الحكم على الوجه المشروح، وكذا الحكم في كل مبيع تنقسم أجزاء الثمن على أجزائه، وهو المكيلات والعدديات المتقاربة

---

(١) الفتاوى الهندية: ٣/ ١٤٣.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية: ١/ ١٩٩، ٢٠٠ المادة (٣٢٣).

والموزونات التي ليس في تبعيضها وتفريقها ضرر، فإذا بين مقدار المجموع منها لفظًا أو عادة وبيع ذلك المجموع، فإذا ذكر ثمنه جملة أو كان من المكيلات فذكر وفصل ثمن كل كيلة، أو من الموزونات فبين ثمن كل رطل مثلًا، ففي الصورتين البيع صحيح في المجموع، ولو ظهر المجموع مساويًا للمقدار الذي بين أو زائدًا عنه أو ناقصًا؛ لأنه لا تفاوت بين أفراد هذه الأشياء وأقسامها فإذا ظهر المبيع زائدًا أو ناقصًا عرفت حصة مقدار المبيع وحصة الموجود من الثمن.

ولذا فإنه إذا ظهر المجموع وقت التسليم مطابقًا للمقدار المبين في العقد لزم البيع؛ لأن الصفقة لم تتفرق على هذا التقدير، وعلى هذا فالمبيع كله للمشتري وليس البائع أوالمشتري مخيرًا، أما إذا ظهر مقدار المجموع وقت التسليم أقل من المقدار المبين في عقد البيع فإن المشتري يتخيره؛ لتفرق الصفقة، فله فسخ البيع وترك المجموع كله للبائع، ما لم يقبض المشتري المبيع مع علمه بنقصه[1].

وهذا ما يتفق مع المادة (٢٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« إذا كان المكيل أو الموزون معلوم الكيل أو الوزن والثمن، ولم يكن في تبعيضه ضرر، ثم ظهر أنه أقل أو أكثر، فللمشتري الخيار بين أخذ الأقل بحصته من الثمن أو الفسخ، وما زاد فللبائع ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا باع قدرًا من القمح على أنه مائة قدح بمائة درهم، وعند الكيل وجداها كما حددا تم البيع.

وإن وجداها أقل كان للمشتري الخيار بين أخذ الموجود بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي، وبين الفسخ؛ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا.

وإن وجداها أكثر، فالزائد للبائع؛ لأن البيع وقع على قدر معين وهو المائة، فما زاد عليه لم يدخل في العقد، وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره، إلا إذا كان وصفًا، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله، فكان حقًّا للبائع، لا يجب عليه تسليمه إلا باعتبار كونه صفقة على حدة، وكان كل من العاقدين مخيرًا فيها، إن شاء باشرها وإن شاء تركها.

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٤) الطبعة التمهيدية.

وهذا هو ما تناولته المواد (٢٢٣ - ٢٢٩) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمحاسني وغيرهما، ورد المحتار (٤/ ٢٩) وما بعدها، والمواد (٤٠١، ٤٠٢) مدني سوري، و (٥٤٣ -٥٤٦) مدني عراقي، والمادة (٤٩٢) من القانون المدني الأردني، ونصها: « إذا عين في العقد مقدار المبيع، وظهر منه نقص أو زيادة، ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية:

١ - إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينًا، والنقص من حسابه، سواء أكان الثمن محددًا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع.

٢ - إذا كان المبيع يضره التبعيض، وكان الثمن محددًا على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها، والنقص من حسابه.

٣ - إذا كان المبيع مما يضره التبعيض، وكان الثمن المسمي لمجموعه فالزيادة للمشتري، والنقص لا يقابله شيء من الثمن.

٤ - كلما كانت الزيادة والنقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى، أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع، ما لم يكن المقدار تافهًا ولا يخل النقص في مقصود المشتري.

٥ - إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة ».

***

● (مادة ٤٤٩): إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر، أو قطعة أرض وعيِّن قدر وزنها أو ذرعها مع بيان جملة ثمنها، فإن وجدت حين وزنها أو ذرعها تامة لزم البيع، وإن ظهرت ناقصة عن القدر الذي بين فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى، وإن ظهرت زائدة عن القدر المعين فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع.

لو باع مجموعًا من الموزونات التي في تبعيضها ضرر، وبين قدره، وذكر ثمن مجموعه فقط، وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصًا عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى، وإن ظهر زائدًا عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري والخيار للبائع، مثلًا: لو باع فص ألماس على أنه خمسة قراريط بعشرين ألف قرش فإذا ظهر أربعة قراريط ونصفًا كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ الفص بعشرين ألف قرش، وإذا ظهر خمسة قراريط ونصفًا أخذه المشتري بعشرين ألف

قرش، ولا خيار للبائع في هذه الصورة.

أي أنه إذا بين في الموزونات التي في تبعيضها ضرر قدر المجموع ولم يذكر لكل قسم من أقسامه أو جزء من أجزائه ثمنًا على حدة، بل ذكر ثمن المجموع فقط يكون البيع صحيحًا، إلا أنه إذا ظهر ذلك المجموع وقت التسليم تامًّا ولم يكن في البيع خيار من الخيارات يكون البيع لازمًا، أما إذا ظهر ناقصًا فبما أن النقصان بمنزلة العيب في المبيع فللمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وترك المبيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن.

وليس له إنقاص الثمن بقدر ما ظهر في المبيع من النقصان ؛ لأن ذلك وصف والوصف ليس له حصة من الثمن، والحكم في خيار العيب على هذا الوجه أيضًا، وهذا الخيار من قبيل خيار العيب، أما إذا ظهر المجموع زائدًا عن المقدار المبين فالبيع لازم أيضًا، والزيادة تكون بلا بدل للمشتري، وليس للبائع ولا للمشتري حينئذ خيار، ولا حق للبائع في المطالبة بزيادة الثمن لتلك الزيادة في المبيع؛ لأن الوزن في الموزونات التي في تبعيضها ضرر وصف، كالذرع في المذروعات، والوصف ليس له من حصة في ثمن المبيع، ما لم يكن مقصودًا بالتناول فيكون له حصة منه[1].

* * *

(مادة ٤٥٠): إذا بيع مجموع من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر، أو قطعة أرض مع بيان مقدار وزنه أو ذرعه، وبيان ثمن كل رطل أو ذراع على حدته، فإن وجد المجموع وقت التسليم زائدًا أو ناقصًا عن القدر المعين من الوزن والذرع فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي بينه لكل رطل أو ذراع[2].

إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان أثمان أقسامه وأجزائه وتفصيلها، فإذا ظهر وقت التسليم زائدًا أو ناقصًا عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي فصله لأجزائه وأقسامه، مثلًا: لو باع منقلًا من النحاس على أنه خمسة أرطال كل رطل بأربعين قرشًا فظهر المنقل أربعة أرطال ونصفًا أو خمسة أرطال ونصفًا فالمشتري مخير في الصورتين إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المنقل بمائة وثمانين قرشًا إن كان أربعة أرطال ونصفًا، وبمائتين وعشرين قرشًا إن كان خمسة أرطال ونصفًا.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٠٠، ٢٠١ المادة (٢٢٤).

(٢) مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر : ١/ ٢٠١، ٢٠٢ (المادة ٢٢٥).

أي أنه إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر ببيان ثمنه أو ثمن أقسامه وأجزائه فالبيع صحيح، فإذا ظهر المجموع تامًّا لدى تسليمه يكون البيع لازمًا؛ لأن الثمن والمبيع معلومان، والمراد من اللزوم هنا: أن لا يكون لأحد العاقدين خيار، بخلاف ما لو ظهر ناقصًا أو زائدًا أو كان في البيع خيار شرط أو خيار من الخيارات الأخرى فلا يكون البيع حينئذ لازمًا بطبيعته، أما إذا لم يظهر المبيع تامًّا بأن ظهر ناقصًا عن القدر المبين أو زائدًا عليه فللمشتري في الحالين الخيار في قبول المبيع وعدمه، وذلك احتراز عن تفريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب، فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع، وله أن يأخذ القدر الذي ظهر بالثمن الذي جعل لأجزائه وأقسامه؛ لأن تفريق القدر الزائد عن المبيع مضر، فلا يمكن رده إلى البائع.

أما إذا ظهر ناقصًا فالمشتري مخير أيضًا؛ لأن الوزن وإن كان في الموزونات التي في تبعيضها ضرر من قبيل الوصف وليس له حصة من الثمن، إلا أنه بذكر ثمن أجزاء المبيع وأقسامه وأفراده على هذه الصورة أصبح أصلًا، وخرج عن كونه وصفًا أو تابعًا لشمول المبيع الوصف حقيقة أو حكمًا، وأصبح مقصودًا بالذات، بذلك اكتسب صفة الأصالة وأصبح له حصة من الثمن، لذلك كان للمشتري الخيار بتفريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب، وإذا ظهر زائدًا فللمشتري أيضًا حق الخيار ؛ لأنه وإن كان للمشتري بذلك نفع غير أنه يلزمه زيادة الثمن فأصبح النفع ممزوجًا بضرر، فلهذا كان للمشتري الخيار؛ إذ إنه لو أخذ الزيادة بدون ثمن فلا يكون قد عمل بمقتضى اللفظ.

***

● (مادة ٤٥١): إذا بيع مجموع من المذروعات المتفاوتة، وبيِّن مقدار ثمن ذلك المجموع فقط، فإن ظهر عند البيع تامًّا لزم البيع، وإن ظهر ناقصًا أو زائدًا كان البيع في الصورتين فاسدًا[1].

إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الأمتعة والأشياء السائرة، وبين مقداره وجملة ثمنه فقط أو فصل أثمان المذروعات، ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر، وأما الأمتعة والأشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات، مثلًا: لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع بألف قرش فظهر أنها خمسة وتسعون ذراعًا فالمشتري

---

(١) تتفق هذه المادة مع ما جاء في المادة (٤٠٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

مخير إن شاء تركها، وإن شاء أخذ تلك العرصة بألف قرش، وإذا ظهرت زائدة أخذها المشتري أيضًا بألف قرش فقط، وكذا لو بيع ثوب قماش على أنه يكفي قباء، وأنه ثمانية أذرع بأربعمائة قرش، فظهر سبعة أذرع خير المشتري إن شاء تركه، وإن شاء أخذ ذلك الثوب بأربعمائة قرش، وإن ظهر تسعة أذرع أخذه المشتري بتمامه بأربعمائة قرش أيضًا.

كذلك لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع كل ذراع بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعًا، أومائة وخمسة أذرع خير المشتري إن شاء تركها، وإن شاء أخذها إذا كانت خمسة وتسعين ذراعًا بتسعمائة وخمسين، وإذا كان مائة وخمسة أذرع بألف وخمسين قرشًا، وكذا إذا بيع ثوب قماش على أنه يكفي لعمل قباء وأنه ثمانية أذرع؛ كل ذراع بخمسين قرشًا، فإذا ظهر تسعة أذرع أو سبعة أذرع كان المشتري مخيرًا إن شاء ترك الثوب وإن شاء أخذه، إذا كان تسعة أذرع بأربعمائة وخمسين، وإن كان سبعة أذرع بثلاثمائة وخمسين قرشًا، وأما لو بيع ثوب جوخ على أنه مائة وخمسون ذراعًا بسبعة آلاف وخمسمائة قرش، أو أن كل ذراع منه بخمسين قرشًا، فإذا ظهر مائة وأربعين ذراعًا خير المشتري إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المائة والأربعين ذراعًا بسبعة آلاف قرش فقط، وإذا ظهر زائدًا عن المائة وخمسين ذراعًا كانت الزيادة للبائع، أي إنه إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الأمتعة والأشياء السائرة، وبين مقداره وجملة ثمنه فقط، أو بين مقداره وفصل أثمان ذراعاته ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر[1].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

« إذا تبين أن مقدار المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، فإن كان المبيع قابلًا للتبعيض كانت الزيادة للبائع، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشتري أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، كانت الزيادة للمشتري، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه »[3].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٠٢، ٢٠٣ المادة (٢٢٦).

(٢) انظر المادة (٤٠٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٣١.

(٣) هذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة (٤٣٣) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: « إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد، وكان الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، وجب على المشتري =

❁ (مادة ٤٥٢): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبيِّن مقداره مع بيان أثمان آحاده وأفراده، فإن ظهر عند التسليم تامًّا لزم البيع، وإن ظهر ناقصًا كان المشتري مخيرًا في فسخ البيع، أو في أخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى، وإن ظهر زائدًا كان البيع فاسدًا.

إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط، فإن ظهر عند التسليم تامًّا صح البيع ولزم، وإن ظهر ناقصًا أو زائدًا كان البيع في الصورتين فاسدًا، مثلًا: إذا بيع قطيع غنم على أنه خمسون رأسًا بألف وخمسمائة قرش، فإذا ظهر عند التسليم خمسة وأربعين رأسًا أو خمسة وخمسين فالبيع فاسد، أما إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة بدون تفصيل أثمان آحاده وأفراده، بل ذكر ثمن المجموع فقط، فإذا ظهر المجموع موافقًا للمقدار الذي بين حين عقد البيع فالبيع صحيح ولازم في المجموع المذكور كله؛ لأن المبيع والثمن معلومان، وإذا ظهر ذلك المجموع أنقص من المقدار المبين أو أزيد منه ففي هاتين الصورتين يكون البيع فاسدًا في مجموع المبيع؛ لأنه إذا ظهر ناقصًا فلا تنقسم أجزاء الثمن على أجزاء المثمن في الأموال القيمية، وتكون بذلك حصة المقدار الناقص من الثمن المسمى مجهولة، وعلى ذلك يكون البيع فاسدًا، وهذا الفساد ناشئ لجهالة الثمن.

كذلك إذا ظهر زيادة في المبيع فلا تدخل تلك الزيادة في البيع ويجب ردها للبائع، ولكن بما أنها مجهولة فقد يكون ردها سببًا للنزاع، فعلى ذلك كان البيع فاسدًا، وفساده لجهالة المبيع، وقد ذكر في هذه المادة بيع المجموع ببيان ثمنه فقط مع تفصيل أثمان آحاده وحكمه يجري على مقتضاها.

مثال: إذا بيع خمسون رأسًا من الغنم بألفين وخمسمائة قرش فظهر عند التسليم تامًّا

= إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ».

وهذا النص لا يتناول إلا فرضًا واحدًا من الفروض التي يمكن أن تعرض في حالة زيادة المبيع على ما ذكر في العقد، وهو أن يكون الثمن مقدرًا بحساب الوحدة، ويكون المبيع غير قابل للتبعيض، كما أنها تقابل المادة (٤٧٠) من التقنين الكويتي التي تنص على أنه:

١ - « إذا تبين أن قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد، وكان الثمن مقدرًا بالوحدة، فإن كان المبيع قابلًا للتبعيض كانت الزيادة للبائع ما لم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، وجب على المشتري أن يدفع ثمن الزيادة، ما لم تكن جسيمة، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد.

٢ - فإذا كان الثمن مقدرًا جملة واحدة، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد، وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع.

٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ».وتقابل المواد (٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦/ ١) من التقنين العراقي، وتقابل المادة (٤٩٥) من التقنين الأردني، وقد تقدم ذكرها قبل قليل.

فالبيع صحيح ولازم، أما إذا ظهر ناقصًا كأن ظهر خمسة وأربعين رأسًا أو ظهر زائدًا بأن كان خمسة وخمسين رأسًا فالبيع فاسد، وكذلك إذا بيع بستان على أنه محتوٍ مائة شجرة مثمرة ووجدت الأشجار حاملة ثمرًا فالبيع صحيح ولازم، أما إذا ظهرت شجرة واحدة منها غير مثمرة فالبيع فاسد؛ لأن الثمر داخل في البيع بذكره والتصريح به، وله حصة من الثمن، أما إذا لم تكن الأشجار كلها حاملة فالبيع باطل، وينحصر البيع في الموجود فقط، ولكن بما أن حصة الموجود في الثمن مجهولة فيكون البيع فاسدًا[1].

وهذا يتفق ما ورد في المادة (٢٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « إذا بيع عدد محدد من القيمي، ثم ظهر أنه أقل أو أكثر يفسد البيع، وإن بين ثمن كل من القيمي ونقص العدد، خير المشتري بين أخذ الأقل بقيمته أو الترك، وإن زاد فسد البيع ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه إذا قال البائع للمشتري: بعت لك ما في هذا الصندوق على أنه عشرة أثواب بمائة جنيه، أو قال له: بعت لك ما في هذه الحظيرة من الغنم على أنه مائة بكذا من المال، ولم يحدد لكل ثوب أو رأس من الغنم ثمنًا، فنقص العدد أو زاد فسد البيع، أولًا: لجهالة الثمن في النقصان؛ لأنه لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص، أو للرأس من الغنم الناقصة حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه، فكان الناقص من الثمن قدرًا مجهولًا، فيصير الثمن مجهولًا، وثانيًا: لجهالة المبيع في فصل الزيادة؛ لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود.

أما لو حدد لكل ثوب أو رأس ثمنًا، بأن قال مثلًا: عشرة أثواب بمائة جنيه كل ثوب بعشرة، ونقص ثوب صح البيع في الباقي بحصة من الثمن، وخير المشتري بين أخذه أو الترك؛ لتفرق الصفقة، وإن زاد ثوب فسد لجهالة المزيد، فتقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر (نهر).

ولو رد الزائد أو عزله عن المبيع هل يحل له الباقي؟ روي عن محمد: أنه إن كان البائع غائبًا يعزل الزائد ويستعمل الباقي، وهذا استحسان أخذ به محمد نظرًا للمشتري؛ لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع لحين حضور البائع، وربما لا يحضر أو تطول غيبته، وإن كان البائع حاضرًا فلا مكان للعزل؛ لأنه يمكن تجديد العقد.

***

(١) مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٢٠٥، ٢٠٦ المادة (٢٢٧).

(مادة ٤٥٣): في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع وهو يعلم أنه ناقص فلا خيار له في الفسخ بعد القبض[1].

إن الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض، لأن المشتري يكون قد رضي بتفريق الصفقة، فيأخذ المبيع الذي ظهر ناقصًا بمجموع الثمن المسمى.

مثال ذلك: إذا باع إنسان صُبرة من حنطة صفقة واحدة على أنها خمسون كيلة، وثمن كل كيلة منها عشرة قروش، فاستلم المشتري الصبرة وهو عالم أنها خمس وأربعون كيلة فلا يبقى له خيار في فسخ البيع، بل يكون مجبرًا على أخذ الخمس والأربعين كيلة بأربعمائة وخمسين قرشًا.

عبارة (إذا قبض المبيع وهو عالم) احتراز عما إذا كان المشتري حين القبض غير عالم بوجود النقصان، وعلم به بعد القبض، ولم يظهر ما يدل على الرضا فالأحرى في ذلك أن يكون له الحق في رد المبيع، وقبض المبيع في المادة أي كله احتراز عما إذا قبض المشتري بعض المبيع؛ لأن حقه في رده لا يزول بقبضه بعضه.

فإذا قيل: بما أنه قد وجد رضاء بالمقدار المقبوض، ولم يوجد رضاء بالمقدار غير المقبوض، فَلِمَ لا يكون الرد جائزًا في المقدار الذي لم يقبض وغير جائز في المقدار الذي قبض؟ فالجواب أن ذلك يجعل تفريقًا في الصفقة فلذلك منع، أما القول بوجوب الرضاء في القسمين بوجوده في قسم وهو المقبوض فغير صحيح؛ لأنه خلاف الواقع، فعليه قد أصبح معنا ثلاث صور: الأولى: أن يقبض المشتري الكل وهو عالم بنقصانه، الثانية: أن يقبض الكل وهو غير عالم بنقصانه، الثالثة: أن يقبض البعض وهو عالم بالنقصان، ففي الصورة الأولى ليس له خيار أما في الصورتين الأخيرتين فله ذلك.

* * *

(١) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٠٧ المادة (٢٢٩٠).

الفَصْلُ الثَّانِي

في حق حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاك المبيع

(مادة ٤٥٤): للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن إن كان الثمن كله حالًّا[١]، ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منها ثمنًا فله حبسه إلى استيفاء كل الثمن[٢].

إن حق الحبس يثبت في بيع الشيء الواحد أو بيع الأشياء المتعددة صفقة واحدة بثمن معجل، ولا يثبت في البيع بالنسيئة، ولا يسقط حق الحبس بالرهن والكفيل والإبراء من قسم من الثمن وأداء قسم، وكما أن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فللمرتهن أن يحبس المرهون لاستيفاء الدين، إلا أن بين الحبسين فرقًا من ثلاثة وجوه:

الأول: إذا كان المبيع غائبًا فلا يلزم المشتري تسليم الثمن مطلقًا، لكن إذا كان الرهن غائبًا بأن كان في مدينة، وكان إحضاره يكلف المرتهن نفقة، فليس المرتهن ملزمًا بإحضار الرهن قبل استيفاء الدين.

الثاني: إذا أعار المرتهن الرهن للراهن، فلا يبطل حقه في الرهن ولا أن يسترده بعد ذلك، ولكن إذا أعار البائع المشتري المبيع، أو أودعه إياه يسقط حق البائع في حبس المبيع، وليس له استرداده من المشتري.

الثالث: إذا نقد المشتري البائع الثمن وقبض المبيع بإذن البائع، وتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو لم يتصرف، فظهر الثمن الذي أداه إلى البائع نقودًا زائفة، فليس للبائع أن يبطل تصرفات المشتري وأن يسترد المبيع، أما المرتهن فله استرداد المبيع في هذه المسألة.

وهذا ما يتفق مع المادة (٣٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، إلا إذا أحيل به أو أجله بعد البيع، أو سلم المبيع للمشتري ».

---

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر : ١/ ٢٦٢، ٢٦٣.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن من المشتري، فلو شرط المشتري دفع المبيع إليه قبل نقد الثمن فسد البيع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وقال محمد: فسد البيع؛ لجهالة الأصل، فلو سمى وقت تسليم الثمن جاز، وللبائع أيضًا حبس المبيع ولو بقي درهم واحد من الثمن، ولو كان المبيع شيئين بصفقة واحدة سمى لكل ثمنًا، فله حبسهما إلى استيفاء ثمن الكل؛ منعًا لتفرق الصفقة[1].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهنًا وكفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلًا بعد البيع.

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا سقط حق المشتري في الأجل »[3].

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٥) الطبعة التمهيدية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

(٢) انظر المادة (٤٢٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٦، ١٤٧.

(٣) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٥٩) من مشروع القانون المدني المصري، و المادة (٥٠٣) من التقنين الكويتي، والمواد (٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠) من التقنين العراقي.

فالمادة ٥٧٧ من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن، ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة، فله حبسه إلى أن يستوفي الثمن الحال، سواء سُمي لكل منها ثمن أو لم يسم.

٢ - حق إعطاء المشتري رهنًا أو كفالة بالثمن لا يسقط حق الحبس ».

و المادة (٥٧٨) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن، فقد أسقط حق حبسه، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن.

٢ - قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبرًا، وللبائع حق استرداده، فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري، ينقلب القبض معتبرًا، ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن ».

و المادة (٥٧٩) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلا حق له في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل.

٢ - على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة ». =

(مادة ٤٥٥): لا يسقط حق البائع في حبس المبيع بإعطاء المشتري له رهنًا أو كفيلًا، ولا بإبرائه من بعض الثمن، بل له حبسه إلى استيفائه بتمامه.

إعطاء المشتري رهنًا أو كفيلًا بالثمن لا يسقط حق الحبس، وكذلك إبراء البائع للمشتري من بعض الثمن المسمى لا يسقط حق البائع في حبس المبيع كله، فلذلك يحق للبائع أن يمسك المبيع حتى يقبض الثمن المعجل؛ لأن الرهن والوكالة هما توثيق للدين، وحق البائع في الاستيفاء بالفعل، والتوثيق لا يقوم مقام الاستيفاء[1].

وهذا ما يتوافق مع المادة (٣٥)، والتي تتضمن ما يلي:

« لا يسقط حق الحبس بالرهن، أو بالكفيل، أو بإبراء البائع المشتري عن بعض الثمن ».

ولا يسقط حق الحبس بالرهن، ولا الكفيل، ولا بإبراء البائع المشتري عن بعض الثمن حتى يستوفي الباقي.

ويسقط حق الحبس بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقًا، كأن يكون البائع مدينًا لرجل، فيحصل ذلك الرجل على المشتري، فيأخذ دينه من الثمن، وكذا إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل عند أبي يوسف، وعن محمد روايتان: سقوط الحبس، وعدم سقوطه.

= و المادة (٥٨٠) تنص على أنه: « إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فللبائع حق حبسه إلى أن يستوفي الثمن، أو تبيعه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للغرماء فيما بقي له ».

وتقابل المواد (٥٢٣، ٥٢٤، ٥٣٠) من التقنين الأردني.

فالمادة (٥٢٣) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنًا أو كفالة.

٢ - فإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري ».

و المادة (٥٢٤) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن على مرأى من البائع ولم يمنعه كان ذلك إذنًا بالتسلم.

٢ - وإذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون إذن البائع كان للبائع استرداده، وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر متسلمًا، إلا إذا شاء البائع استرداده معيبًا ».

و المادة (٥٣٠) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا تسلم المشتري المبيع ثم مات مفلسًا قبل أداء الثمن، فليس للبائع استرداد المبيع، ويكون الثمن دينًا على التركة، والبائع أسوة سائر الغرماء.

٢ - وإذا مات المشتري مفلسًا قبل تسلم المبيع وأداء الثمن، كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الثمن منه.

٣ - وإذا قبض البائع الثمن ومات مفلسًا قبل تسليم المبيع، كان المبيع أمانة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماء ».

(١) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٦٦ المادة (٢٨٠).

ويسقط الحبس أيضًا بتأجيل الثمن بعد البيع، وبتسليم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن، فليس له بعد قبض المشتري المبيع رده إليه، أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع، فلا يسقط حق الحبس، إلا إذا رأى البائع المشتري وهو يأخذ المبيع ولم يمنعه من القبض؛ لأن في هذه الحالة يكون إذنًا منه للمشتري بقبضه[١].

***

❁ (مادة ٤٥٦): إذا أحال البائع أحدًا على المشتري بكل الثمن، إن لم يكن قبض منه شيئًا، أو بما بقي له منه إن كان لم يقبضه كله، وقبل المشتري الحوالة سقط حق البائع في حبس المبيع[٢].

إذا أحال البائع إنسانًا بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة فقد أسقط حق حبسه، وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن، وكذلك إذا أحال المشتري البائع على آخر بقبض الثمن، فقبل البائع أو أدى المشتري إلى البائع ثمن المبيع كله، أو أبرأه منه كله أو أجله كله؛ لأنه لا يبقى للبائع في هذه الصور حق في مطالبة المشتري بالثمن[٣].

وهذا ما يتوافق مع المادة (٣٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

❁ (مادة ٤٥٧): إذا أحال المشتري البائع بالثمن كله إن كان كله في ذمته أو بما بقي في ذمته، إن كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيع.

تُبطل الحوالة بالثمن حق الحبس عند أبي يوسف، سواء كانت الحوالة من المشتري، بأن أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، وقبل المحال عليه الحوالة، أو من البائع بأن أحال البائع غريمًا له على المشتري.

وقال محمد: إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل، وللبائع أن يحبس المبيع حتى

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة المادة (٣٥)، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) يستفاد حكم هذه المادة والمادة التي بعدها في أواخر فصل فيما يدخل في البيع تبعًا... إلخ، من الدر المختار، ورد المحتار ص: ٤٢، وفي الثانية خلاف محمد في إحدى روايتيه.

(٣) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٦٦ المادة (٢٨٢).

يستوفي الثمن من المحال عليه، وإن كانت من البائع، فإن كانت مطلقة لا تبطل أيضًا، وإن كانت مقيدة بما عليه تبطل، فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة، فيبطل حق الحبس، ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة؛ لبقاء حق الحبس، وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري، ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس، وبطلت حوالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه، فبطل حق الحبس.

والصحيح اعتبار محمد؛ لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن، لا مع قيام الثمن في ذاته، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلًا لا يثبت حق الحبس، والثمن في ذمة المشتري قائم، وإنما سقطت المطالبة، فدل أن حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن، لا قيام الثمن في ذاته، وحق المطالبة في حوالة المشتري، وحوالة البائع إذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتًا، وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة ينقطع، فلم ينقطع حق الحبس، وعلى هذا الخلاف إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل، أو أحال المرتهن غريمًا له بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيدة، أنه يبطل حق المرتهن في حق حبس الرهن عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يبطل في حوالة الراهن، وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة، وإن كانت مقيدة تبطل.

وهذا يتوافق مع المادة (٢٨٢) من مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر، ومع المادة (٣٥) أيضًا من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

● (مادة ٤٥٨): إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلا حق له في حبس المبيع، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري[١] ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الأجل[٢].

إذا باع حالًّا أي معجلًا ثم أجل البائع الثمن، سقط حق حبسه للمبيع، وعليه حينئذ أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل؛ لأن تأجيل البائع فيما بعد في حكم التأجيل ابتداء، فيكون قد أسقط حقه في حبس المبيع حسب المادة الآنفة، وليس له أن يحبس المبيع إلى حلول الأجل، مثال ذلك: أن يبيع شخص مالًا من آخر بمائة قرش بثمن معجل ثم يؤجل ذلك الثمن شهرين، فعلى البائع أن يسلم المبيع في الحال إلى

---

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٦٨ المادة (٢٨٤).

المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل، وليس للبائع حبس المبيع شهرين وطلب تأخير المبيع حتى يقبض الثمن.

ولو كان الثمن مؤجلًا في العقد فلم يقبض المشتري المبيع حتى حل الأجل، فله أن يقبضه قبل نقد الثمن، وليس للبائع حق الحبس؛ لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل، والساقط متلاش فلا يحتمل العود، وكذلك لو طرأ الأجل على العقد، بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن، ولا يملك البائع حبسه لما قلنا.

ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر: إن ذكرا أجلًا مطلقاً بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة، فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حالٌّ، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلًا بعينه، بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان، صار الثمن حالًا بالإجماع.

قد جاء في شرح المادة (٢٨٤) من مجلة الأحكام العدلية أنه: « لو باع حالًا أي معجلًا ثم أجل البائع الثمن سقط حق حبسه للمبيع، وعليه حينئذ أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل؛ لأن تأجيل البائع فيما بعد في حكم التأجيل ابتداء، فيكون قد أسقط حقه في حبس المبيع، وليس له أن يحبس المبيع إلى حلول الأجل، مثال ذلك: أن يبيع شخص مالًا من آخر بمائة قرش بثمن معجل ثم يؤجل ذلك الثمن شهرين، فعلى البائع أن يسلم المبيع في الحال إلى المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل، وليس للبائع حبس المبيع شهرين وطلب تأخير المبيع حتى يقبض الثمن ».

***

● (مادة ٤٥٩): إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه[١]، فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع[٢].

إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه، وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري، ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن، وبذا إن حق البائع في حبس المبيع يسقط بأحد عشر سببًا:

١ - أن يسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن المعجل، ولو كان البائع ولي الصغير.

---

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: ١/ ٢٦٦، ٢٦٧ المادة (٢٨١).

٢ - أن يودعه المشتري.

٣ - أن يعيره إياه.

٤ - إذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع فسكت.

٥ - إذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع ثم أجاز البائع بعد ذلك القبض.

٦ - أن يشتري شخص الدار التي يسكنها، ففي هذه الأحوال الست يسقط حق البائع في حبس المبيع، انظر المادة (٢٧٦) (هندية خلاصة، بزازية)، وفي هذه الأحوال الستة أيضًا ليس للبائع حبس المبيع أو استرداده؛ ليحبسه حتى يقبض الثمن، ففي الصورة الثالثة مثلًا: لا يحق للبائع أن يسترد المبيع من المشتري لحبسه في يده حتى يستوفي الثمن، بل للبائع أن يطلب ثمن المبيع من المشتري في الحال، أما الأسباب الخمسة الأخرى التي يسقط بها حق حبس المبيع فسيجيء الكلام عليها في شرح المادة الآتية، لكن إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع صراحة أو دلالة، فلا يعتبر قبضه كما تقدم، ويفهم من ذكر البائع بصورة مطلقة شمول البائع للأصيل والوكيل والولي، فبناء عليه: إذا باع شخص مال ولده الصغير بثمن معجل، وسلم المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن منه يسقط حق حبسه للمبيع، وليس له استرداد المبيع لحبسه حتى يقبض الثمن.

***

(مادة ٤٦٠): إذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع، ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان مدفوعًا[1].

المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع، ولا شيء على المشتري، وكذلك إذا تلف المبيع في يد من سلم إليه المبيع باتفاق الطرفين؛ ليحفظه إلى أداء الثمن فلا يترتب شيء على المشتري، بل ينفسخ البيع، ويعود الضرر والخسارة على البائع، سواء أكان المبيع منقولًا أم عقارًا؛ لأن المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع، سواء اتفق الطرفان على أن يعود الخسران في ذلك على المشتري أم لا، وسواء أكان البيع باتًّا أم مشترطًا فيه الخيار للبائع أو للمشتري، فكما أنه إذا تلف المبيع كله قبل قبضه تعود الخسارة على البائع، فكذلك لو تلف بعضه تعود الخسارة فيه على البائع كما سيتضح، ولا يترتب على البائع ضمان باستهلاكه للمبيع، مثلًا: إذا باع شخص مالًا له يساوي عشرة دنانير ذهبًا بستة وندم على ذلك، فاستهلك المال فليس للمشتري أن يضمن البائع عشرة

(١) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٠٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الدنانير قيمة هذا المال؛ لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن وبهلاكه يسقط الثمن، فلا يجوز مع ذلك أن يكون مضمونًا بقيمته؛ لأنه لا يجتمع ضمان الثمن وضمان القيمة، فعلى ذلك إذا كان البائع قبض ثمن المبيع وجب عليه أن يرده إلى المشتري، وإذا لم يقبضه فليس له أن يطالب به، وتلف المبيع قبل القبض له خمس صور:

١ - أن يكون بآفة سماوية.

٢ - باستهلاك البائع له.

٣ - أن يكون المبيع بهيمة فتهلك نفسها، بهذه الصور الثلاث المذكورة ينفسخ البيع، ويسترد المشتري الثمن من البائع إذا كان قد دفعه إليه[١].

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٣٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه: « إذا هلك المبيع قبل قبضه بآفة سماوية أو بفعل البائع أو المبيع بطل البيع »[٢].

تتفق هذه المادة كذلك مع المادة (٤٠٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

« إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن الذي أداه، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع »[٤].

---

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٧٤، ٢٧٥ المادة (٢٩٣).

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٣٧)، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) انظر المادة (٤٠٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٣٣.

(٤) هذه المادة تقابل المادة (٤٣٧) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ».

ويتفق ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي التي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم، فيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة، انظر المادة (٣٥١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص على أن « ما كان من ضمان البائع إذا عرضه على المشتري فامتنع عن قبضه لغير مانع صار في ضمان المشتري ».

و تقابل كذلك المواد (٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠) من التقنين الكويتي.

فالمادة (٤٧٨) من هذا التقنين تنص على أنه: « إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع ».

و المادة (٤٧٩) تنص على أنه: « إذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع، فإذا كان الهلاك أو التلف جسيمًا بحيث لو كان =

❁ (مادة ٤٦١): إذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقًا

= موجودًا عند البيع لما أبرمه، كان له فسخ البيع، وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعذار المشتري؛ لتسلم المبيع ».

و المادة (٤٨٠) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزمًا بالثمن كاملًا.

٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض ».

وتقابل المواد (٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢) من التقنين الأردني.

فالمادة (٥٠٠) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن.

٢ - فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن ».

و المادة (٥٠١) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضًا للمبيع ولزمه أداء الثمن.

٢ - إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه ».

و المادة (٥٠٢) تنص على ما يأتي:

١ - « إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه، وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته.

٢ - وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية:

(أ) فسخ البيع.

(ب) أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف.

(جـ) إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف ».

وتقابل المادتين (٥٤٧، ٥٤٨) من التقنين العراقي:

فالمادة (٥٤٧) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم بتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن.

٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع، وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية ».

و المادة (٥٤٨) تنص على ما يأتي:

١ - « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض، لزمه الضمان، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه.

٢ - وما يقبض على سوم النظر، سواء بين ثمنه أو لم يبين، يكون أمانة في يد القابض، فلا يضمن إذا هلك دون تعد ».

وواضح من هذه النصوص، سواء في التقنين الكويتي أو التقنين الأردني أو التقنين العراقي، أن أحكامها تتفق مع أحكام المادة (٤٦) وما بعدها من مرشد الحيران، وذلك فيما عدا أن التقنين العراقي يزيد على ذلك، فيبين من يتحمل تبعة الهلاك في القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر مستمدًا ذلك من أحكام الفقه الإسلامي.

وفي الفقه الإسلامي يد القابض على سوم الشراء، إذا سمى الثمن يد ضمان، وإذا لم يسم الثمن في سوم الشراء، وسواء =

أو بشرط الخيار له، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدًا لزمه ضمان مثله إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قيميًّا.

إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع، أي إذا تلف كل المبيع أو بعضه في يد المشتري، أو وكيله بفعل نفسه أو تعدى المشتري أو غيره، فإن كان قبل دفع المشتري الثمن المعجل أصبح مجبرًا على أدائه[1].

وقد تقدمت المقارنة بين ما جاء في هذه المادة وبين ما اشتملت عليه القوانين المدنية العربية من أحكام في هذا الصدد.

***

(مادة ٤٦٢): إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبي، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع ويتبع البائع المتعدي على المبيع، ويضمن مثله لو مثليًّا أو قيمته لو قيميًّا، وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدّي[2].

« إذا اشترى شخص من آخر مالًا فأرسل رسولًا؛ لقبضه من البائع، فقبضه الرسول وتلف في يده، فالخسارة على المشتري؛ لأن الرسول قبض بأمره، وكذلك إذا قال شخص لآخر: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وسلمها إلى أجيرك أو أجيري، فبعد أن سلم البائع ذلك إلى الأجير تلف في يده، فالتلف على المشتري؛ لأن أجير البائع أو أجير المشتري كان وكيلًا له في قبض المبيع، أما إذا قال المشتري للبائع: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وأرسله إلى داري مع أجيرك أو مع أجيري، فوزن البائع السمن ودفعه إلى أجيره أو أجير المشتري، فكسر إناء السمن وتلف السمن عادت الخسارة فيه على البائع؛ لعدم وجود القبض، والفرق في المثالين أنه استعمل في الأول لفظة (تسليم)، فيعتبر ذلك وكالة من المشتري بقبض المبيع، واستعمل في الثاني لفظة (الإرسال)، فلا يعتبر ذلك وكالة من المشتري للأجير بقبض الثمن ».

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تتضمن أنه: « إن هلك المبيع بفعل أجنبي فالضمان عليه وخير المشتري بين الفسخ والإجارة »، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ ويضمن الجاني للبائع،

= سمى أو لم يسم في سوم النظر، فإن يد القابض تكون يد أمانة، فيهلك الشيء على المالك لا على القابض.

(١) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١/ ٢٧٦ المادة (٢٩٤).

(٢) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١/ ٢٧٦.

وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن وطالب الجاني، ويحل له ما زاد عما دفعه إن كان الضمان خلاف الثمن، أما إذا كان من جنسه فلا تحل له الزيادة؛ لشبهة الربا[1].

***

❁ (مادة ٤٦٣): إذا مات المشتري مفلسًا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن، فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقيًا بعينه، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري[2].

« إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلسًا قبل أداء الثمن، فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء، وكذلك ليس له أن يطالب ببدله فيما إذا تلف أو باعه من آخر، وكل هذا فيما إذا كان الثمن مؤجلًا، ومعناه أن يباع المبيع، ويقسم بدله مع سائر أمواله على غرمائه حسب ديونهم؛ لأن البائع بتسليمه المبيع إلى المشتري قد أبطل حق حبسه للمبيع، خلافًا للشافعي، وله أن الثمن أحد البدلين في البيع، فإذا تعذر تسليمه ثبت حق البائع في المبيع كما إذا لم يقبضه المشتري ومات مفلسًا، والمراد من المفلس هنا الذي ليس له مال يسد جميع ديونه سواء أحكم الحاكم بإفلاسه قبلا أم لم يحكم ».

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على ما يلي: «إذا مات المشتري مفلسًا بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن، يكون الثمن دينًا على التركة، ويتقاسم البائع مع باقي الدائنين قسمة الغرماء ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه: « إذا قبض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن ومات مفلسًا بمعنى أنه ليس له مال يفي ما عليه من الديون، سواء فلسه القاضي أو لا، فالبائع أسوة للغرماء، بمعنى: أن المبيع لو كان قائمًا لا يطالب البائع به، بل يكون المبيع بينه وبين سائر الغرماء يقتسمون بنسبة ما لكل منهم قبل المشتري.

وإن كان المشتري لم يقبض المبيع، فالبائع أحق به، يحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت، أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن، فإن وفى بجميع دين البائع فبها، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له من الثمن، وليس المراد بكونه أحق به، أن يأخذه مطلقًا؛ إذ لا وجه لذلك؛ لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته لورثته،

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، القسم الرابع، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٧٦ المادة (٢٩٥).

وتعلق به حق غرمائه، وإنما كان أحق من باقي الغرماء؛ لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري، فكذا بعد موته »[1].

***

● (مادة ٤٦٤): إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، أو يبيعه القاضي ويؤدي للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه، فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له.

إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع وأداء الثمن، كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري، وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البائع بتمامه، وإن بيع بأنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به، ويكون في الباقي كالغرماء وإن بيع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي فقط، وما زاد يعطى إلى الغرماء؛ ذلك أن حق البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ثمنه جميعه، وليس لسائر الغرماء أن يدخلوا في المبيع، وهذا باتفاق أئمة الحنفية والشافعية؛ لأن المبيع محبوس لاستيفاء الثمن، وكما أن للبائع حق حبس المبيع في حياة المشتري، فله ذلك بعد وفاته، وكما أن المرتهن أحق من سائر الغرماء فكذلك البائع، وليس للبائع أن يأخذ المبيع على أنه ملك له؛ لأنه ملك المشتري وينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويتعلق به حق الغرماء.

وإنما يبيع القاضي المبيع؛ لأن الورثة لا يملكون التركة المستغرقة بالديون، فليس لهم أن يتصرفوا فيها بالبيع والهبة، وصار بيع التركة من وظائف القاضي، وإذا باع الورثة التركة فللغرماء نقض البيع، أما إذا باع القاضي التركة ببدل المثل فليس للغرماء نقض البيع، والمقصود من بدل المثل قيمته الحقيقية، فعليه لا يجوز للقاضي أن يبيع التركة بغبن فاحش[2].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٨٠ المادة (٢٩٦).

❁ (مادة ٤٦٥): إذا مات البائع مفلسًا بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري، فالمشتري أحق به من سائر الغرماء، وله أخذه إن كانت عينه قائمة، أو استرداد الثمن إن كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته[1].

« لو مات البائع مفلسًا بعد قبض الثمن، وقبل تسليم المبيع يكون المشتري أحق به؛ لأنه ليس للبائع حق حبسه في حياته، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية، فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضًا؛ إذ لا حق للغرماء فيه بوجه؛ لأنه أمانة عند البائع، وإن كان مضمونًا بالثمن لو هلك عنده، ومثله الرهن، فإن الراهن أحق به من غرماء المرتهن »[2].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٩٧) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على ما يلي:

« إذا قبض البائع الثمن ومات مفلسًا قبل تسليم المبيع إلى المشتري، كان المبيع أمانة في يد البائع، وفي هذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا يزاحمه سائر الغرماء، يعني لا يدخل المبيع فيما يقسم بين الغرماء؛ لأنه لا حق للغرماء فيه؛ لكونه ليس معدودًا من التركة »[3].

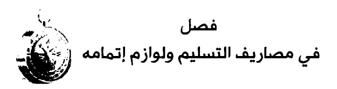
* * *

---

(١) يستفاد حكمها من أواخر فصل فيما لا يدخل في البيع تبعًا... إلخ، من رد المحتار ص : ٤٤.

(٢) جاء في حاشية رد المحتار ٤/ ٥٦٤.

(٣) مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٨٠، ٢٨١ المادة (٢٩٧).



فصل
في مصاريف التسليم ولوازم إتمامه

(مادة ٤٦٦): المصاريف المتعلقة بالثمن، كعدِّه ووزنه تلزم المشتري وحده، وكذلك مصاريف الحمل.

أما كون أجرة وزن الثمن على المشتري، فهو باتفاق الأئمة الأربعة، وأما الثاني فهو ظاهر الرواية، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وهو الصحيح كما في الخلاصة؛ لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد، وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن، ولا فرق بين أن يقول: دراهمي منقودة، أو لا، هو الصحيح، خلافًا لمن فصل وتمامه في النهر[١].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨٨) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على ما يلي:

« المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم على المشتري، مثلًا: أجرة عد النقود ووزنها وما أشبه ذلك تلزم على المشتري وحده »؛ لأن تسليم الثمن على المشتري، والتسليم لا يكون إلا بالعدِّ والوزن، والمؤنة من تمام التسليم، وكذا مؤنة تسليم المبيع على البائع، إلا إذا كان جزافًا، أما أجرة الدلال فهي على البائع، إلا إذا وفق الدلال بين البائع والمشتري، فإنه يأخذ أجرته منهما أو من أحدهما حسب عرف البلدة، ولا أجرة للدلال إذا باع المال فضولًا وأجازه المالك، وقد سنت الحكومة العثمانية بتاريخ (١ صفر سنة ١٣٠٦هـ) نظامًا خاصًا للدلالين والسماسرة بينت فيه أنواع الدلالة والسمسرة، وعينت حقوق الدلالين والسماسرة ووظائفهم وأجورهم[٢].

وهذا ما تناولته المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣]، ونصها:

« تكون على المشتري نفقات عقد البيع، ورسوم الدمغة والتسجيل، ونفقات الوفاء

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٤/ ٥٦٠.

(٢) مجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٨٨) ص : ٢٢٩.

(٣) انظر المادة (٤٣١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٩.

بالثمن ونفقات تسليم المبيع ونحو ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك »[١].

***

(مادة ٤٦٧): على البائع مصاريف التسليم[٢]، كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه[٣].

« اتفق الفقهاء على أن أجرة الكيَّال للمبيع، أو الوزَّان أو الذرَّاع أو العدَّاد تكون على البائع، وكذلك مؤنة إحضاره إلى محل العقد إذا كان غائبًا؛ إذ لا تحصل التوفية إلا بذلك »[٤].

(قوله: لأنه من تمام التسليم) إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه ونحوه، ومعلوم أن الحاجة إلى هذا إذا باع مكايلة أو موازنة، ونحوه، إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة، وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على البائع (فتح).

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٨٩) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للأتاسي، والتي تنص على ما يلي:

---

(١) هذه المادة تقابل المادتين (٤٦٢) و (٤٦٤) من مشروع القانون المدني المصري.

فالمادة (٤٦٢) من هذا التقنين تنص على أن: « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

والمادة (٤٦٤) تنص على أن: « نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ».

وهذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (٤٣٢)، مدني سوري، (٥٨٧)، مدني عراقي، و المادة (٥٠٧) من التقنين الكويتي التي تنص على أن: « يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

وتتفق في حكمها مع المادتين (٥٨٣) و (٥٨٧) من التقنين العراقي.

فالمادة (٥٨٣) من هذا التقنين تنص على أن: « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

والمادة (٥٨٧) تنص على أن : « نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك ».

وتتفق في حكمها مع ما جاء في المادة (٥٣١) من التقنين الأردني التي تنص على أن : « نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع، ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك ».

وتتفق هذه الأحكام المادة المقترحة مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، انظر في هذا: ابن عابدين : ٤/ ٤٣، و المادة (٣١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية، والمواد (٢٨٨)، (٢٨٩)، (٢٩٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) رد المحتار : ٤/ ٥٥٩.

(٤) الموسوعة الفقهية : ٩/ ٣٤.

« المصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم على البائع وحده مثلًا: أجرة الكيال للمكيلات والوازن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده »، وتلزم البائع أيضًا أجرة وضع المبيع في وعاء المشتري؛ لأن الذرع والوزن والكيل من تتمة التسليم[١].

وقد تقدم ما جاء في المادة (٥٣١) من القانون المدني الأردني من النص على أن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

***

(مادة ٤٦٨): أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري[٢].

أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري، والمراد: لكن يلزم البائع تقرير البيع والإشهاد عليه في المحكمة من السند والحجة، سند البيع أو حجته. ولا يجبر المشتري البائع على أن يتحمل كتابة السند، له سند وحجة البيع، إلا أنه إذا كتب المشتري سند البيع وطلب من البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود وجب على البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود الذي جيء بهم لحضوره، وكذلك يجبر البائع على تقرير البيع بمحضر نائب المحكمة الذي يرسل إليه لتسجيل البيع، فإذا امتنع البائع عن تقرير البيع والإشهاد فالمشتري يراجع الحاكم، فإذا أقر البائع بالبيع بحضرة الحاكم يسجل الحاكم البيع.

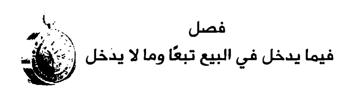
وليس للمشتري أن يطالب البائع بالذهاب إلى محضر الشهود، كما أنه ليس له أن يطلب منه أن يسلم إليه حجة المبيع القديمة التي في يد البائع، فلذلك إذا باع شخص الدار التي اشتراها من شخص لشخص آخر بثمن معلوم، وسلمه المبيع وطلب من المشتري الثمن، فليس للمشتري أن يمتنع من أن يؤدي إلى البائع الثمن حتى يسلم البائع إليه حجة البيع التي كتبت له حينما اشترى المبيع وسجلت عند القاضي، لكن إذا طلب من البائع صورة مصدقة من تلك الحجة يجبر البائع على السماح للمشتري بأخذ تلك الصورة، على أن تكون نفقة ذلك على المشتري[٣].

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٨٩) ص : ٢٢٩.

(٢) تتفق هذه المادة مع المادة (٤٣١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر : ١/ ٢٧٢، ٢٧٣ المادة (٢٩٢).



فصل
فيما يدخل في البيع تبعًا وما لا يدخل

(مادة ٤٦٩): كل ما جرى عُرف البلدة على أنه من متناولات المبيع أو كان متصلًا بالأرض اتصال قرار، سواء كان اتصاله خلقيًّا أو صناعيًّا يدخل في البيع تبعًا بلا ذكر.

كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات البيع يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأن المعروف كالمشروط، مثلًا: في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار والمخزن الذي تحت الدار، وفي بيع الكرم تدخل أشجاره، وفي بيع حديقة الزيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر؛ لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار، وحديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على أشجار الزيتون، فلا يقال لأرض خالية: حديقة زيتون، ويدخل في بيع الدار كل ما كان داخلًا ضمن حدودها الأربعة؛ لأن كلمة دار في العرف الشائع المستفيض: اسم للمكان المشتمل على الحجر والمطبخ.

وكذلك اسم الحديقة متناول لما فيه من الشجر ودال عليه وضعًا وعرفًا[1].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٣٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

« يشمل التسليم ملحقات المبيع، وبوجه خاص كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك وفقًا لقصد المتعاقدين وعرف الجهة وما تقضي به طبيعة الأشياء »[3].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية للأتاسي المادة (٢٣٠).

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة (٣٩٨) ص: ١٣٠.

(٣) هذه المادة تتفق في حكمها مع المادة (٤٣٢) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على أنه: « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ».

والقاعدة: أن أول ما يرجع إليه في هذا التحديد هو الاتفاق، فإذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات أو عدم اعتباره كذلك، وجب الأخذ بما قصد إليه المتعاقدان في هذا الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق، وجب الأخذ بما يقضي به العرف، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف وجب اتباع ما تقضي به طبيعة الأشياء.

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين (٥٣٦، ٥٣٧) من التقنين العراقي:

فالمادة (٥٣٦) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: «على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن... ». =

(مادة ٤٧٠): فيدخل في الدار بحدودها كل ما كان مبنيًّا أو مثبتًا فيها أو متصلًا ببنائها اتصالًا لا ينفصل عنه، ويدخل فيه بستانها الداخل فيها إلا الخارج عنها ولو كان بابه فيها، إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعًا.

وما لا يكون من بنائها ولا من توابعه المتصلة به فلا يدخل في البيع، إلا إذا جرت عادة البلدة وعُرْف أهلها على أن البائع لا يضن به ولا يمنعه عن المشتري.

ما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر، مثلًا: إذا بيع قفل دخل مفتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع من غير ذكر، وبعبارة أخرى: الأشياء المنفصلة المنقولة التابعة للمبيع والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع وفي حكم المتصل به، فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيع تدخل فيه، فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها؛ لأنه لا ينتفع بالقفل بغير مفتاح، كما لا ينتفع بالمفتاح بغير قفل، وما يدخل في البيع أصالة.

كما إذا اشترى إنسان قفلًا من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله فالمفتاح داخل في هذا البيع، وما يدخل في البيع تبعًا، كما إذا بيعت دار فالأقفال التي على أبواب هذه الدار تدخل في البيع تبعًا، أما في بيع الفرس ذات الفلو فإن كانت في مجلس البيع بغير فلوها فلا يدخل الفلو في البيع بدون ذكره، كما إذا بيعت وهي غائبة عن مجلس البيع ولم يذكر الفلو في البيع، وإذا حضرت هي وفلوها مجلس البيع ولم يذكر في البيع ما يدل على دخول الفلو أو عدم دخوله فإنه يدخل في البيع بناء على العرف.

=والمادة (٥٣٧) تنص على ما يأتي: « يدخل في البيع من غير ذكر:

١ - ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرًا إلى الغرض من الشراء، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع.

٢ - توابع المبيع المتصلة المستقرة، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار.

٣ - كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع ».

وتتفق في ذلك مع ما جاء في المادة (٤٩٠) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي: « يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار، وما أعد لاستعماله بصفة دائمة، وكل ما يجري العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد ».

وتتفق في ذلك أيضًا مع ما جاء في المادة (٤٥٥) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي: « يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه، وذلك وفقًا لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين »، انظر المادة (٥٧٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي.

وكذلك إذا اشترى رجل شجرة للقطع من بستان آخر، فإذا بين موضع قَطْعِها قَطَعَهَا من الموضع الذي بيَّن، وإلا فله قَطْعُها من عروقها، أما إذا شرط البائع قطعها من وجه الأرض وجب قطعها من حيث شرط، كما أنه إذا كانت الشجرة مجاورة لحائط وكان قطعها من عروقها مضرًّا بالبائع وجب على المشتري أن يقطعها من وجه الأرض، وإن يكن البيع على هذا الوجه، أي لم يبين فيه أن موضع القطع من وجه الأرض فتكون العروق داخلة في البيع، إلا أنه ليس للمشتري أن يحفر الأرض لاستئصال الشجرة من عروقها، بل يقطع الشجرة حسب العرف والعادة الجارية، وكذلك إذا اشترى شجرة ليقطعها وكان ينبت على عروقها ويتشعب منها أشجار أخرى، فإن كان قطع الشجرة يؤدي إلى تلف هذه الأشجار دخلت في بيع تلك الشجرة وإلا فلا[1].

وهذا البند يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أن: « كل ما يتناوله اسم المبيع عرفًا، أو كان متصْلًا به اتصال قرار يدخل في البيع تبعًا بلا ذكر، ولا يقابله شيء من الثمن »[2].

* * *

❁ (مادة ٤٧١): ويدخل في بيع الأرض تبعًا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء والتأبيد، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، مثمرة أو غير مثمرة[3]، إلا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا حطبًا، أو الأشجار المغروسة المعدة لقلعها من وجه الأرض، ونقلها في كل مدة معلومة، فهذه لا تدخل في البيع إلا بالتسمية، وكل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الشجر.

« التوابع المتصلة المستقرة أي المتصلة بالمبيع اتصال القرار، واتصال القرار وضع الشيء بحيث لا يفصل من محله، ويدخل الشجر في هذا التعريف؛ فإذا بيعت الأرض فالشجر المغروس فيها يدخل في البيع؛ لأن الأشجار متصلة بالأرض اتصال القرار، أما الأشجار اليابسة فلا تدخل في البيع؛ لأن تلك الأشجار على شرف القلع، فهي في حكم الحطب يعني أن الشجر اليابس وإن كان متصلًا بالأرض إلا أن اتصاله ليس اتصال القرار، أما الزرع فلما كان غير متصل بالأرض اتصال القرار لم يدخل في البيع وهو أشبه بالمتاع، وكذلك الثمر فإنه وإن كان متصلًا بالشجر إلا أن اتصاله ليس اتصال قرار، فلا يدخل في بيع الشجر، وهو

---

(١) شرح مجلة الأحكام المادة (٢٣١).

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) « أو غير مثمرة » ساقطة من طبعة دار الفرجاني والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

شبيه بالثمر أيضًا، والحاصل: أن الزرع في الأرض والثمر على الشجر في حكم المتاع.

والدابة الحامل يدخل حملها في البيع؛ لأنه وإن كان اتصاله بها ليس اتصال قرار فكان ينبغي ألا يدخل في البيع، إلا أن فصله لما كان خارجًا عن القدرة البشرية، وإنما ينفصل بقدرة اللَّه ﷻ فقد اعتبر من التوابع المتصلة، وعلى ذلك هو جزء من الدابة فيجب أن يتبعها »[1].

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

(مادة ٤٧٢): كل ما كان من حقوق المبيع ومرافقه، أي توابعه التي لا بد له منها ولا تقصد إلا لأجله يدخل في البيع إذا ذكرت الحقوق والمرافق في العقد.

فإذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل في البيع الطريق الخاص بها وحق الشرب وحق المسيل، وإن لم ينص في العقد على بيعها بحقوقها ومرافقها فلا تدخل الطريق الخاص بها ولا الشرب ولا المسيل[2].

« في بيع الدار لا تدخل الطريق وحق الشرب وحق المسيل والدلو وحبله من غير ذكر، يعني إذا لم ينص في البيع على دخولها أو لم يعمم لا يدخل في البيع »[3].

والقاعدة: أن الأشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي ترد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع، مثلًا: لو قال البائع: بعتك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل، بشرط أن تكون موجودة وقت البيع، وكذلك الطريق الخاص الموجود، ومن الألفاظ العامة أربعة وهي:

(١) بجميع حقوقه.

(٢) بجميع مرافقه.

(٣) بكل قليل وكثير فيه.

(٤) بكل قليل وكثير منه، وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي: « ما لا يتناوله اسم المبيع عرفًا وليس متصلًا به اتصال قرار يدخل في البيع بذكره إن كان من حقوق

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر : ١/ ٢١٠، ٢١١.

(٢) هذه المادة تتفق مع المادة (٣٩٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) شرح مجلة الأحكام : ١/ ٢١٢.

المبيع ومرافقه، والحقوق والمرافق بمعنى واحد، والحق ما هو تبع المبيع، ولابد له منه، ولا يقصد إلا لأجله، كالطريق، والشرب، والأرض، فهذه من حقوق المبيع فلا يتناولها البيع إلا بذكرها.

وإن لم يكن من حقوقه لا يدخل ولو ذكر، فلا يدخل الثمر بشراء شجر؛ لأنه وإن كان اتصاله خلقيًّا فهو للقطع لا البقاء، إلا إذا قال: بكل ما فيها أو منها؛ لأنه حينئذ يكون من المبيع.

وعلى هذا لا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية إذا نبت وكان له قيمة، أو لم ينبت سواء كانت له قيمة أو لا، أما إذا نبت ولا قيمة له، فيدخل في الأصح.

وكذلك لا يدخل الثمر في بيع الشجر بدون تسمية أيضًا، ويؤمر البائع بقطعه وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه؛ لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغًا، وهو المختار.

وفي جامع الفصولين: لا يقطع إن رضي المشتري ببقائه بأجر مثل الأرض[1].

* * *

(مادة ٤٧٣): كل ما ليس من حقوق المبيع ومرافقه فلا يدخل في البيع، وإن ذكرت الحقوق والمرافق، فلا يدخل في بيع الأرض تبعًا الزرع الذي نبت وله قيمة، وإنما يدخل الزرع الذي لم ينبت وما نبت ولا قيمة له.

الأشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي ترد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع، مثلًا: لو قال البائع: بعتك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل، بشرط أن تكون موجودة وقت البيع، وكذلك الطريق الخاص الموجود.

مثال ذلك: إذا قال البائع: بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير فيها، يدخل الزرع والثمر في البيع إلا الزرع المحصود والثمر المقطوف اللذين يكونان في الأرض المبيعة، ما لم يصرح بدخولهما في البيع، وكذلك إذا قال: بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير هو فيها، ومنها من حقوقها ومرافقها يدخل الزرع القائم في الأرض في هذا البيع.

وقد قيدت الطريق الخاص في الشرح بكونها موجودة حين البيع، إلا أنه إذا كان للشخص طريق خاص مؤدية إلى داره فسد هذه الطريق وفتح طريقًا آخر للدار من محل آخر ثم باع الدار

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

بجميع حقوقها دخلت الطريق الموجودة وقت البيع، وهي الطريق الثانية ولم تدخل الطريق الأولى، وكذلك إذا اشترى إنسان دارًا، وكانت طريق تلك الدار الطريق العام والشارع النافذ، فلا تدخل هذه الطريق في مثل هذا البيع؛ لأن مثل هذا الطريق غير مملوك لأحد، ولا تباع تلك الطريق ولا تشرى، إلا أن المشتري يحق له أن يمر من تلك الطريق ككل الناس[١].

***

(مادة ٤٧٤): لا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا إذا اشترطه المبتاع، سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمر[٢].

لا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا بشرط دخوله في البيع، سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، كان له قيمة أو لا، وقدمنا الاختلاف والراجح من القولين في دخول الزرع والثمر، وصحح في الهداية هنا إطلاق عدم الدخول ويكون للبائع في الحالين؛ لأن بيعه يجوز في أصحِّ الروايتين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر بيع الشجر مع الأرض أو وحده[٣].

« بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية ».

وهذا يتوافق مع ما ورد في المادة (٢٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

***

(مادة ٤٧٥): ما كان في حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع إلا به، فإنه يدخل في البيع بلا ذكر، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل فَلُوُّها الرضيع في البيع تبعًا[٤].

« ما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرًا إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر، مثلًا: إذا بيع قفل دخل مفتاحه، وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع من غير ذكر ».

وبعبارة أخرى: الأشياء المنفصلة المنقولة التابعة للمبيع، والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع وفي حكم المتصل به، فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيع تدخل فيه، فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها؛ لأنه لا ينتفع بالقفل بغير مفتاح كما لا ينتفع بالمفتاح بغير قفل، وما يدخل في البيع أصالة، كما إذا اشترى إنسان قفلًا من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله فالمفتاح داخل في هذا البيع.

---

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢١٤، ٢١٥ المادة (٢٣٥). (٢) بدائع الصنائع: ٦/ ١٤١.

(٣) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ٥/ ٢٢٢. (٤) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٠٩.

وما يدخل في البيع تبعًا كما إذا بيعت دار فالأقفال التي على أبواب هذه الدار تدخل في البيع تبعًا.

وكذلك إذا اشترى رجل شجرة للقطع من بستان آخر، فإذا بَيَّنَ موضع قَطْعِها قَطَعَها من الموضع الذي بيَّن، وإلا فله قطعها من عروقها.

وقد تقدم ذكر ما يقابل هذه المادة من أحكام في القوانين المدنية العربية.

***

● (مادة ٤٧٦): شراء الشجرة لأجل القرار يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة، وإن قلعها المشتري فله أن يغرس في مكانها شجرة غيرها، وإن اشتراها لأجل قلعها فلا تدخل في بيعها الأرض الحاملة لها، ويؤمر المشتري بقلعها[1]، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما تتناهى إليه عروقها، فإن قلعها من وجه الأرض ثم نبتت من أصلها أو من عروقها شجرة فهي حق البائع، وإن قطعها من أعلاها فما نبت منها فهو للمشتري.

« وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شجرة: أنه هل يدخل في شنزائها أصلها وعروقها وأرضها؟ فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه:

- إن اشتراها بغير أرضها للقلع.

- أو اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع.

- أو اشتراها ولم يذكر شيئًا، فإن اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها، ويجبر المشتري على القلع، وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعًا معتادًا متعارفًا، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق؛ لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط، إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيه أصلها، أو لم يشترط لكن في القطع من أصلها ضرر بالبائع، بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق في النهر فقطعها على وجه الأرض دون أصلها؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد، فإن قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهي للبائع لا للمشتري؛ لأنه رضي أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقي للبائع، إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري؛ لأنه نماء ملكه، وإن اشتراها بقرارها من الأرض للترك لا للقلع، فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع؛ لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولًا به فلا يملك إجباره على القلع، وله أن يغرس مكانها أخرى؛ لأنه يغرس في ملك نفسه.

---

(١) في طبعة دار الفرجاني « بقلها » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

- وأما إذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الأصول اختلافًا بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فقال: على قول أبي يوسف: لا تدخل الأرض في البيع، وعلى قول محمد تدخل »[1].

***

(مادة ٤٧٧): وإن اشترى شجرة للقلع، وكان في قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع، ولو انهدم في قلعها حائط ضمن القالع ما نشأ من قلعه[2].

رجل اشترى شجرة بشرط أن يقلعها تكلموا في جوازه، والصحيح أنه يجوز، وللمشتري أن يقلعها من أصلها، وإن اشترى بشرط القطع قال بعضهم: إن بيَّن موضع القطع، أو كان موضع القطع معلومًا عند الناس جاز البيع وإلا فلا، وقال بعضهم: يجوز البيع على كل حال وهو الصحيح، وله أن يقطعها من وجه الأرض فأما عروقها في الأرض لا تكون له إلا بالشرط.

كذا في فتاوى قاضي خان، واعلم بأن شراء الشجر لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها، وله أن يقلعها بعروقها وأصلها يدخل في البيع، وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق، لكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض، أو يكون في القطع مضرة للبائع، نحو أن يكون بقرب من الحائط أو ما أشبهه فحينئذ يؤمر المشتري أن يقطعها على وجه الأرض، فإن قلعها أو قطعها ثم نبتت من أصلها أو عروقها شجرة فإنها للبائع، وإن قطع من أعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري وأما إذا اشتراها مع قرارها من الأرض فإنه لا يأمر المشتري بقلعها، ولو قلعها فله أن يغرس مكانها أخرى في المبيع ما يتناهى إليه العروق والأغصان وعليه الفتوى كذا في المحيط[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ١٦٧.

(٢) جاء في حاشية رد المحتار ٤/ ٥٥٥: « وفي البحر عن الظهيرية: اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها، وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق، بل يقلعها على العادة، إلا إن شرط البائع القطع على وجه الأرض، أو يكون في القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض ».

(٣) انظر الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٦.

❁ (مادة ٤٧٨): كل ما يدخل في البيع تبعًا إذا هلك قبل التسليم لا يقابله شيء من الثمن، فلو اشترى دارًا فانهدم بناؤها قبل التسليم خُيِّر المشتري، إن شاء أخذها بكل الثمن، وإن شاء ترك[1].

ما دخل في البيع تبعًا لا حصة له من الثمن، مثلًا: لو سُرِق خطام البعير المبتاع قبل القبض لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن المسمى، وما يدخل تبعًا، يعني الذي لا يدخل قصدًا، أو الذي يدخل في البيع من غير ذكر، فإذا تلف أو ضاع قبل القبض أي بغير الاستحقاق فليس له حصة من الثمن؛ ولذا لا يسقط شيء من الثمن بهلاك ذلك الشيء أو ضياعه؛ لأنه كالوصف، إلا أن المشتري مخير فإن شاء أخذ المبيع وإن شاء تركه، والحاصل: أنه يقال للأمور التي تدخل في البيع تبعًا: أوصاف، ويقال للنقصان الذي يعرض للمبيع بسبب هلاك تلك الأمور: نقصان وصف؛ ففي بيع الأرض تدخل الأشجار القائمة عليها تبعًا فهي وصف، وكذلك في بيع الحيوان يدخل الرأس والأرجل، وفي بيع المكيلات والموزونات تدخل الجودة تبعًا، فذلك كله وصف.

فعلى هذا إذا بيعت دابة فقطعت أذنها أو ذنبها قبل التسليم فلا يسقط شيء من الثمن المسمى، إلا أن المشتري مخير في قبول المبيع وتركه، وليس له حصة من الثمن في غير استحقاق، أما في الاستحقاق فله حصة من الثمن، فعلى هذا إذا ضبط الشيء الداخل في البيع تبعًا بالاستحقاق، فإذا كان ذلك بعد القبض ينظر فيما إذا كان الوصف كحق المسيل مما لا يجوز بيعه منفردًا، فبما أنه ليس له حصة من الثمن حتى يرجع البائع به، فإنه مخير بين أن يأخذ الباقيَ بكل الثمن وأن يتركه، أما إذا كان كالشجر مما يجوز بيعه منفردًا، فبما أن له حصة من الثمن فالمشتري يرجع بها على البائع.

ومن المسائل المتفرعة على هذه المادة:

١ - إذا بيع حصان بألف قرش فسرق رسن هذا الحصان قبل القبض فلا يلزم حط شيء من الألف حسب شرح المادة (٢٩٣)، وهو الثمن المسمى، إلا أن المشتري مخير في أن يترك المبيع وأن يقبله، ويدفع إلى البائع الثمن المسمى بتمامه، كما أنه إذا ظهر عيب فيما يدخل تبعًا في البيع فليس للمشتري أن يرجع على بائعه بشيء.

٢ - إذا كان لإنسان أرض وللآخر أشجار فيها، فباع صاحب الأرض بإذن الآخر جميع ذلك بألف قرش، فإذا كان قيمة كل منهما خمسمائة قرش قسم ثمن المبيع مناصفة بينهما،

---

(١) نقلها في هامش الأنقروية من أول فصل في هلاك المبيع والثمن ص: ٢٥٦.

وعلى هذه الصورة إذا أصابت تلك الأشجار آفة سماوية وتلفت قبل القبض فالمشتري مخير، فله ترك المبيع وله أخذه بكل الثمن، وكل الثمن يكون لصاحب الأرض؛ لأن الأشجار وصف، والثمن مقابل للأصل، وليس مقابلًا للوصف، أما إذا فصل ثمن الأرض والشجر أثناء البيع فبما أنه قد جعل في البيع حصة للشجر من الثمن، فبهلاك الشجر تسقط حصته من الثمن، وإذا هلك نصفِ الشجر فربع الثمن يعود على صاحب الشجر، وثلاثة أرباعه لربِّ الأرض.

أما هذا إذا كان الشيء الذي يدخل في البيع تبعًا أُدخل قصدًا في البيع، أي ذكر في البيع وصرح بدخوله فيه وهلك قبل القبض فتسقط حصته من الثمن؛ لأنه مبيع مقصود، إلا إذا ظهر أن ذلك الشيء الذي يدخل في البيع تبعًا أدخل حين البيع قصدًا غير موجود، فالمشتري مخير، فإما أن يقبل المال بجميع الثمن المسمى وإما أن يتركه، وفي بيع المال الذي لا يدخل في البيع بدون ذكر إذا شرط أثناء البيع وجوده ودخوله في البيع، فوجد أصل المبيع ولم يوجد ذلك المال فالمشتري يأخذ ذلك المال بحصته من الثمن[١].

***

(مادة ٤٧٩): إذا لم يدخل الطريق في المبيع، وليس له مسلك إلى الشارع، فللمشتري أن يرده للبائع إن لم يعلم بذلك وقت البيع[٢].

هذه مسألة جزئية يتخرج الحكم فيها على ما سبق من القواعد؛ ولذا فإنه إذا لم يدخل الطريق وليس له مفتح إلى الشارع له أن يرد البيع إن لم يعلم بالحال، ولو كان في البيت باب موضوع لا يدخل في البيع من غير ذكر. كذا في المحيط[٣].

***

(مادة ٤٨٠): الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض[٤] كالثمار والنتاج تكون حقًّا للمشترى[٥].

الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة وأشباهها هي للمشتري، مثلًا: إذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة؛ كالثمر والخضراوات تكون تلك الزيادة

---

(١) انظر شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢١٣ المادة (٢٣٤).

(٢) نقلها في الخانية من آخر باب ما يدخل في البيع من غير ذكر وما لا يدخل. اهـ.ص: ٢٠٣.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣/ ٣٠.

(٤) هذه المادة تتفق مع المادة (٤٢٥) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٥) يستفاد من الهندية في أوسط الفصل الثاني فيما يدخل في بيع الأراضي والكروم.. اهـ ص: ٣١.

للمشتري، وكذا لو ولدت الدابة المبيعة قبل القبض كان الولد للمشتري، وبعبارة أخرى: ثمرة المبيع الذي يباع بيعًا باتًّا لازمًا وزيادته هما للمشتري، وإنما يعد ذلك زيادة على المبيع؛ لأن تلك الثمرة نماء ملك المشتري.

أما كون الثمر للمشتري فظاهر، إلا أن الخضراوات إذا كان البائع قد زرعها فهي للبائع وإذا كانت من النبات الذي ينبت بنفسه فهي مباح، وليست ملكًا لأحد، فينبغي اختيار الشق الثالث: وهو إذا كان البائع بعد أن زرع الخضرة في الأرض ونبتت باع تلك الأرض بالخضرة التي نبتت ثم نمت تلك الخضرة وكثرت قبل التسليم، فذلك النمو والزيادة في الخضرة يعدان من المبيع، فالمسألة حسب هذا المثال تحتاج إلى هذا التأويل، أما المال الذي يباع بالخيار فالثمرة التي تحصل منه قبل القبض يبقى حكمها موقوفًا، فإذا تم البيع وأصبح لازمًا بإسقاط الخيار وسقوطه تصبح الزيادة للمشتري، وإذا فسخ البيع عادت للبائع[1].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤٢٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

١ - « إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري، أو إذا أسلم المبيع وكان قابلًا أن ينتج ثمرات وإيرادات أخرى، جاز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه، وعليه تكاليفه من وقت تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره »[3].

---

(١) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر : ١/ ٢١٥ المادة (٢٣٦).

(٢) انظر المادة (٤٢٥) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٦.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٤٥٨) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

« ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع، وكان هذا الشيء قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضًا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ».

ولاتفيد هذه المادة إباحة ما يسمي « الفوائد القانونية »، وإنما يطبق مشروع القانون المدني القاعدة العامة الواردة في المادة (٢٣٦) منه، والتي تنص على أنه: « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وتأخر المدين في الوفاء به، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير »، فطبقًا لهذه القاعدة، يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن إذا كان الثمن مستحق الأداء، وأعذر البائع المشتري، أو إذا سلم البيع وكان قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى.

= والمادة المقترحة تقابل المادة (٤٦٥) من التقنين الكويتي التي تنص على أن: « يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع، ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه، لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن، وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه ».

وتقابل المادة (٥٧٢) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - « لا حقَّ للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع، وكان هذا قابلًا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره.

٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمرة والنتاج، تكون حقًا للمشتري، وعليه تكاليف المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ».

فصل
في أداء الثمن



● (مادة ٤٨١): **يجب على المشتري أن ينقد الثمن أولًا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة، ما لم يكن الثمن دينًا مؤجلًا على المشتري، ولم يكن للمشتري في البيع خيار، فلو كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشتري بالثمن، ولو أخذه لا يسقط خياره**[١].

يشترط لإلزام المشتري بتسليم الثمن أولًا: إحضار البائع السلعة كون الثمن حالًّا، وأن لا يكون في البيع خيار للمشتري، فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار، ومفاده أن: للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وقال محمد: لجهالة الأجل، وله الحبس وإن بقي منه درهم كما في البحر[٢].

وهذا يتفق مع المادة رقم (٣٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على أنه:

« يسلم الثمن أولًا إذا كانت السلعة حاضرة، وكان الثمن نقدًا، ولم يكن مؤجلًا ولا خيار للمشتري، فإن كان بيع السلعة بمثلها أو الثمن بمثله سُلِّما معًا ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: بيع السلعة إما يكون بثمن نقدي أو بمثلها، فإن كان بثمن نقدي فعلى المشتري أن يسلم الثمن أولًا للبائع قبل تسلمه المبيع؛ ليتعين حق البائع في الثمن؛ لأنه قد تعين حق المشتري في المبيع، فتحقق المساواة.

وتسليم الثمن أولًا مشروط بكون السلعة حاضرة، وكون الثمن حالًّا (غير مؤجل) وألا يكون في البيع خيار للمشتري؛ لأنه لا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل، ولا قبل سقوط الخيار.

أما في بيع السلعة بمثلها والثمن بمثله فيسلمان معًا؛ لاستوائهما في التعيين.

ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد (٢٦٢) من المجلة العدلية، (٥٧١) مدني عراقي، (٤٢٥) مدني سوري، والمادة (٥٢٢) من القانون المدني الأردني، ونصها: « على المشتري

---

(١) نقله من الأنقروية في أوائل الخيارات آخر ص : ٢٦٤.

(٢) حاشية رد المحتار : ٤/ ٥٦٠، ٥٦١.

تسليم الثمن عند التعاقد أولًا، وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به، ما لم يتفق على غير ذلك ».

* * *

❁ (مادة ٤٨٢): إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها يسلم المبيع والثمن معًا[١].

ذهب الحنفية إلى أن من باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن، أي نقدًا بنقد سلما معًا؛ لاستوائهما في التعيين في الأول، وعدم التعيين في الثاني؛ ولأن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاقدين عادة، وتحقيق المساواة ههنا في التسليم معًا.

وبنحو ذلك قال المالكية، فالمعقود عليه ثمن ومثمن، فالثمن الدنانير والدراهم، وعدا ذلك مثمنات، فإن وقع العقد على دنانير بدنانير أو بدراهم، أو على دراهم بدنانير أو دراهم، وتشاحا في الإقباض لم يتعين على أحدهما وجوب التسليم قبل الآخر، وكذا إن وقع العقد في شيء من المثمنات كعرض بعرض وتشاحا في الإقباض.

وذهب الشافعية إلى أن الثمن إذا كان معينًا نقدًا أو عرضًا، يجبر البائع والمشتري كلاهما على التسليم في الأظهر؛ لاستواء الجانبين؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالدين، والتسليم واجب عليهما، فيُلْزِم الحاكم كلًّا منهما إحضار ما عليه إليه أو إلى عدل، ثم يسلِّم كلًّا منهما ما وجب له، والخيرة في البداية إليه.

وبنحو ذلك قال الحنابلة؛ فإذا كان الثمن عينًا أو عرضًا، والمبيع مثله جعل بين البائع والمشتري عدل يقبض منهما ويسلم إليهما؛ لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن، كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولًا[٢].

* * *

❁ (مادة ٤٨٣): إذا كان الثمن مؤجلًا إلى أجل معلوم يلزم أداؤه عند حلول أجله، وإن كان مقسَّطًا على أقساط معينة يؤدَّى كل قسط في ميعاده، فإن تأخر المشتري عن أداء قسط لا تصير الأقساط الأخر حالَّة، إلا إذا كان ذلك مشروطًا في العقد.

« إذا كان الثمن مؤجلًا، فإن على البائع تسليم المبيع، ولا يطالب المشتري بتسليم الثمن إلا عند حلول الأجل ».

وكذلك إذا كان الثمن منجمًا، وقد صرح الشافعية أنه في الثمن المؤجل ليس للبائع حبس

---

(١) حاشية رد المحتار: ٤/ ٥٦١.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥/ ٤٤ - ٤٥.

المبيع به وإن حل قبل التسليم؛ لرضاه بتأخيره[1].

وأما إذا كان بعض الثمن معجلًا وبعضه مؤجلًا، فإن للبعض المعجل حكم تعجيل الثمن كله، فلا يطالب المشتري البائع بتسليم المبيع، إلا بعد تسليم الجزء المعجل من الثمن.

ولا بد في جميع الأحوال من أن يكون الأجل معلومًا، فإذا كان كذلك جاز البيع مهما طال ولو إلى عشرين سنة.

وقد صرح المالكية بأنه لا بأس ببيع أهل السوق على التقاضي، وقد عرفوا قدر ذلك بينهم، والتقاضي: تأخير المطالبة بالدين إلى مدًى متعارفٍ عليه بين المتعاقدين.

ومن حق المشتري إذا كان المبيع معيبًا، أو ظهر أنه مستحق أن يمتنع من أداء الثمن، إلى أن يستخدم حقه في العيب فسخا أو طلبا للأرش أو إلى أن يتبين أمر الاستحقاق.

ويجوز تأخير الدين الحال، أو المؤجل بأجل قريب إلى أجل بعيد، وأخذ مساوي الثمن أو أقل منه من جنسه؛ لأنه تسليف أو تسليف مع إسقاط البعض وهو من المعروف، ولكن لا يجوز تأخير رأس مال السَّلَم، وأجاز المالكية تأخير رأس المال في حدود ثلاثة أيام ولو بشرط[2].

***

● (مادة ٤٨٤): يحل الثمن المؤجل بموت المشتري، ولا يحل الثمن بموت البائع، بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول الأجل؛ لاستيفاء الثمن أو الأقساط التي تكون باقية في ذمة المشتري.

« سئل: في رجل باع من زيد بضائع معلومة بثمن معلوم، أَجَّلَ بعضه المعلوم على المشتري إلى أجل معلوم وقَسَّطَ باقيه أقساطًا معلومة، ثم مات البائع في أثناء مدة التأجيل والتقسيط فهل يبقى كذلك ولا يحل الثمن بموته والحالة هذه؟ الجواب: بموت البائع لا يحل الثمن المؤجل، وبموت المشتري يحل كما في البزازية والأشباه »[3].

وهذا يتفق مع المادة (١٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي: « يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن: التأجيل لصالح المشتري، وفائدته أن المدين قد يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات المشتري تعين المتروك من أمواله

---

(١) الموسوعة الفقهية : ٩/ ٣٩.
(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٩/ ٤٠.
(٣) العقود الدرية في تنقيح الحامدية : ١/ ٢٤٤.

لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل، ولو مات البائع لا يبطل الأجل.

* * *

(مادة ٤٨٥): إذا كان مكان أداء الثمن معينًا في العقد، فإن كان مما له حمل ومؤنة صح التعيين، ويلزم أداؤه في المكان المشترط أداؤه فيه، وإن كان مما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح التعيين ويجوز البيع.

« إذا اشترى إنسان من آخر مالًا في الأستانة على أن يأخذ ثمنه في إزمير فالبيع فاسد، أما إذا باع مالًا في الأستانة بمائة قرش مؤجلة إلى مضي شهر، وشرط دفع الثمن في إزمير فالبيع صحيح والشرط باطل؛ لأن تعيين مكان أداء الثمن الذي لا حمل له ولا مؤنة باطل ».

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادتين (٢٨٥، ٢٨٦) من المجلة العدلية، ومع المادة (٥٧٣) مدني عراقي، ومع المادة (٥٢٦) من المدني الأردني بوجه ما، ونصها:

١ - « يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك.

٢ - إذا كان الثمن دينًا مؤجلًا على المشتري، ولم يجر الاتفاق على الوفاء به في مكان معين لزم أداؤه في موطن المشتري وقت حلول الأجل ».

* * *

(مادة ٤٨٦): لا يجوز - بأي وجه كان - للمشتري أن يحبس الثمن الحال بعد قبض المبيع، إلا إذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن.

ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن، كما تقدم، فيلزم المشتري تسليم الثمن إن أحضر البائع السلعة ولم يكن في البيع خيار، وقد تقدم تفصيل ذلك فلا نعيده.

* * *

(مادة ٤٨٧): إذا لم يدفع المشتري الثمن حالًا إن كان معجلًا، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلًا فلا يفسخ البيع، بل يجبر المشتري على دفع الثمن، فإن امتنع يباع من متاع المشتري ما يفي بالثمن المطلوب منه.

إذا باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه في حبس المبيع، والساقط متلاش فلا يحتمل العود، وكذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الأجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن، ولا يملك البائع حبسه لما قلنا، ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض

المشتري حتى حل الأجل، هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر: إن ذكرا أجلًا مطلقًا بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الثمن حال، وليس له أجل آخر، وإن ذكرا أجلًا بعينه بأن باعه إلى رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان صار الثمن حالًّا بالإجماع.

***

❁ (مادة ٤٨٨): لا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع، ما لم يكن المشتري معسرًا لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة.

لو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئًا، وعليه ديون لأناس شتى، هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء؟ اختلف فيه قال أصحابنا: لا يكون له، بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص، وقال الشافعي - رحمه اللَّه -: البائع أحق به، وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فإن كان الثمن مؤجلًا فهو على هذا الاختلاف، وإن كان حالًّا فالبائع أحق به بالإجماع.

احتج الشافعي بما روي عن رسول اللَّه ﷺ أنه قال: « **من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره** »[1]، وهذا نص في الباب؛ ولأن العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع، فإن من باع عبدًا فأبق قبل القبض أو غصب، أو كانت دابة فضلت للمشتري أن يفسخ البيع، والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضًا؛ لأن البيع عقد معاوضة، ومبنى المعاوضات على المساواة.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « **إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء** »[2]، وهذا نص، وهو عين مذهبنا؛ ولأن البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتري حيًّا مليًّا فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وإفلاسه؛ لأن الثمن بدل المبيع قائم مقامه، واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد؛ لأن بينهما مفارقة في الأحكام، ألا ترى أن ملك المبيع شرط جواز العقد، وملك الثمن ليس شرطًا؟ فإنه لو اشترى شيئًا بدراهم لا يملكها جاز، ولو باع شيئًا لا يملكه لا يجوز، وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض، والتصرف في الثمن قبل القبض جائز، وغير ذلك من الأحكام، فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الإطلاق فاسدًا، والحديث محمول على ما إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، وعندنا: البائع أحق به في هذه الحالة إلا أنه ذكر الإفلاس، وإن كان حق الاسترداد

---

(١) صيح البخاري : ٢/ ٨٤٦ برقم ٢٢٧٢.

(٢) صحيح ابن حبان : ١١/ ٤١٥ برقم ٥٠٣٨.

لا يتقيد به؛ لأن المليء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن، والمفلس لا يتمكن من ذلك، فكان ذكر الإفلاس مقيدًا، فحملناه على ما قلنا توفيقًا بين الدلائل[1].

***

(مادة ٤٨٩): إذا كان الثمن عينًا يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري ببيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك[2].

يصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه عند الحنفية مطلقًا، إذا كان التصرف بتمليكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض؛ ولأن الثمن في الذمة ولا يتعين بالتعيين، فلا يحتمل غرر الانفساخ بالهلاك؛ ولأن الثمن ما وجب في الذمة، والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما بقبض غيره مثله عينًا، فيكون مضمونًا عليه.

قال ابن عابدين: الثمن قسمان: تارة يكون حاضرًا كما لو اشترى فرسًا بهذا الإردب من الحنطة أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشتري وغيره.

وتارة يكون دينًا في الذمة، كما لو اشترى الفرس بإردب حنطة في الذمة أو عشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين ولا يصح إلا ممن هو عليه، ومثله القول المقابل المعتمد للشافعية.

واستثنى ابن نجيم من عدم جواز تمليك الدين، ومنه الثمن الذي في الذمة لغير من هو عليه ثلاث صور:

الأولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلًا قابضًا.

الثانية: الحوالة.

الثالثة: الوصية.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٥/ ٢٥٣.

(٢) شرح مجلة الأحكام : ١/ ٢٣٤، ٢٣٥ المادة (٢٥٢): البائع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض، مثلًا: لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه، يعني يحق للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيعًا وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك، سواء أكان الثمن المذكور من النقود التي لا تتعين بالتعيين أم كان مما يتعين بالتعيين كالمكيلات وغيرها من المثليات، فإذا كان ثمن المبيع عينًا كالمكيلات والنقود المعينة فللبائع أن يبيعها أو يهبها أو يوصي بها للمشتري وغيره، كما أن له إذا كان الثمن دينًا كنقود غير معينة أو مكيلات أو موزونات أن يملكه المشتري بعوض أو بغير عوض، وبشرط ألا يكون افتراقًا عن دين، أي ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن الملك المجيز للتصرف ثابت، وبهلاكه ينتفي غرر الانفساخ؛ لأن الثمن ليس أصلًا في البيع، فبهلاكه لا ينفسخ إذا كان الثمن نقدًا، فإن عدم غرر الانفساخ ظاهر؛ لأنه لا يتعين بالتعيين، أما إذا كان الثمن من الأموال التي تتعين بالتعيين كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فلأن هذه مبيع من وجه وثمن من وجه آخر فرجحت جهة الثمن في التصرف تيسيرًا وتسهيلًا.

وعند الشافعية: لا يجوز التصرف في الثمن المعين قبل قبضه، أما الثمن الذي في الذمة: فالمعتمد عند الشافعية أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

وعند المالكية: يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه، إلا إذا كان طعامًا فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

وعند الحنابلة: إن كان الثمن معينًا فإن كان التعاقد عليه بكيل، أو وزن، أو ذرع، أو عد فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالكيل، أو الوزن، أو الذرع، أو العد، وإن كان التعاقد عليه جزافًا أو لم يكن مكيلًا، ولا موزونًا، ولا معدودًا، ولا مذروعًا، جاز التصرف فيه قبل قبضه.

وأما الذي في الذمة فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لغير من هو عليه، ويصح بيعه وهبته لمن هو عليه[1].

***

● (مادة ٤٩٠): إذا كان الثمن دينًا في ذمة المشتري فليس للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشتري الثابت الدَّين في ذمته، ما لم يسلطه على قبضه من المشتري فيقبضه منه أو يحيل عليه غريمًا له ليأخذه منه أو يوصي به لأحد، فإنه يصح تمليكه لغير المشتري في هذه الصور الثلاث.

« البائع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض، مثلًا: لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه، يعني يحق للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيعًا وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك، سواء أكان الثمن المذكور من النقود التي لا تتعين بالتعيين أم كان مما يتعين بالتعيين كالمكيلات وغيرها من المثليات، فإذا كان ثمن المبيع عينًا كالمكيلات والنقود المعينة فللبائع أن يبيعها أو يهبها أو يوصي بها للمشتري وغيره، كما أن له إذا كان الثمن دينًا كنقود غير معينة أو مكيلات أو موزونات أن يملكه المشتري بعوض أو بغير عوض، وبشرط ألا يكون افتراقًا عن دين، أي ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين؛ لأن الملك المجيز للتصرف ثابت، وبهلاكه ينتفي غرر الانفساخ؛ لأن الثمن ليس أصلًا في البيع، فبهلاكه لا ينفسخ إذا كان الثمن نقدًا فإن عدم غرر الانفساخ ظاهر؛ لأنه لا يتعين بالتعيين بحسب »[2].

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥/ ٤٤.

(٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٣٤، ٢٣٥.

وهذا يتفق مع المادة (٤٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها:

« يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن دينًا في الذمة، فإن كان دينًا جاز تمليكه من المشتري دون غيره ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن:

« الثمن: ما يثبت في الذمة دينًا عند المقابلة، وهو النقدان، والمثليات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان، أو غير معينة وصحبها حرف الباء.

والثمن تارة يكون حاضرًا، كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو غيرها من المشتري وغيره.

وتارة يكون دينًا في الذمة، كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم في الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشتري فقط؛ لأنه تمليك الدين ولا يصح إلا ممن هو عليه[1].

***

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٤٥)، الطبعة التمهيدية.



فصل
في ضمان المبيع عند الاستحقاق

(مادة ٤٩١): البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير، ولو لم يشترط الضمان في العقد.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المبيع في البيع الصحيح في ضمان البائع، حتى يقبضه المشتري، مع رواية تفرقة الحنابلة بين المكيلات والموزونات ونحوها، وبين غيرها، وذهب المالكية إلى أن الضمان ينتقل إلى المشتري - كما يقول ابن جزي - بنفس العقد، إلا في مواضع منها: ما بيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبه، وأهم ما يستوجب الضمان في عقد البيع: هلاك المبيع، وهلاك الثمن، واستحقاق المبيع، وظهور عيب قديم فيه، ويلحق به ضمان المقبوض على سوم الشراء، وضمان المقبوض على سوم النظر، وضمان الدَّرَك[1].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

« إذا استحق كل المبيع، كان للمشتري أن يطلب من البائع:

١ - ثمن المبيع.

٢ - قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

٥ - وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع »[3].

---

(١) الموسوعة الفقهية : ٢٨/ ٢٣٨.

(٢) انظر المادة (٤١٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٣٧، ١٣٨.

(٣) هذه المادة تقابل المادة (٤١١) مدني سوري، والمادة (٤٤٣) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على =

(مادة ٤٩٢): لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط[1].

تقدم بيان الأحناف من الشروط المقترنة بالعقد، وأنهم يصححون الشروط المؤكدة لمقتضى العقد، كاشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن، واشتراط المشتري تسليم المبيع أو تملكه، وإنما جازت هذه الشروط؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعًا، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين، أما الشرط الذي لا يلائم العقد ولا يؤكد مقتضاه ولم يجر به عرف فهو شرط فاسد، والقاعدة: أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية،

= ما يأتي: « إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢ - قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها لمن استحق المبيع.

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية.

٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

٥ - وبوجه عام، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله ».

والمادة المذكورة تقابل المادة (٥٥٤) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه، نقصت قيمة المبيع أو زادت، وله أن يسترد أيضًا قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق، والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى.

٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن، والمصروفات الكمالية التي أنفقها على المبيع، وأن يطلب تعويضًا عما لحقه من خسارة وفاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ».

وتقابل المادة (٥٠٥) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع، ويخلص المبيع للمشتري.

٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد، وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

٣ - ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرًا بقيمته يوم التسليم للمستحق.

٤ - ويضمن البائع أيضًا للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ».

وتقابل المادة (٤٨٤) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا استحق المبيع كله، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع، ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع.

٢ - ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن، إذا أثبت البائع له أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق ».

(١) نقلها في الهندية عن الخانية في أوسط الباب العاشر في الشروط التي تفسد البيع ص: ١٢٨.

كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها؛ لأن مثل هذا الشرط يتنافى مع العدل الذي تقوم عليه المعاملات المالية، ومن ذلك اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاقه فإنه شرط يفسد عقد البيع، لتنافيه مع العدالة؛ حيث يستحق البائع الثمن إذا سلم المبيع للمشتري، وسيأتي توضيحه في شرح المادة التالية.

***

(مادة ٤٩٣): يصح ضمان الثمن للمشتري معلقًا بظهور الاستحقاق[1].

« الاستحقاق هو طلب الحق، والاستحقاق نوعان: أحدهما: مبطل للملك بالكلية، كالعتق والحرية الأصلية ونحوه، كتدبير وكتابة، وثانيهما: ناقل له من شخص إلى آخر كالاستحقاق به، أي بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما في يده من العبد ملك له وبرهن، والناقل لا يوجب فسخ العقد على الظاهر؛ لأنه لا يوجب بطلان الملك، والحكم به حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ولو مورثه، فيتعدى إلى بقية الورثة أشباه، فلا تسمع دعوى الملك منهم للحكم عليهم، بل دعوى النتاج، ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا على الكفيل ما لم يقض على المكفول عنه؛ لئلا يجتمع ثمنان في ملك واحد؛ لأن بدل المستحق مملوك، ولو صالح بشيء قليل أو أبرأ عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضًا، لزوال البدل عن ملكه، ولو حكم للمستحق فصالح المشتري لم يرجع؛ لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع، وتمامه في جامع الفصولين »[2].

« ومن ضمن الثمن للمشتري عند الشراء معلقًا بظهور الاستحقاق جاز، لكن إذا أخذه المستحق من يد المشتري بالقضاء فإنما يرجع على الكفيل بعد وجوب الثمن على البائع، وإنما يجب الثمن على البائع بفسخ البيع، وذلك بأن يرجع عليه ويقضي به القاضي ويفسخ العقد ويجب الثمن على البائع، فيكون الخيار للمشتري إن شاء أخذ من الكفيل، وإن شاء أخذ من البائع، فإن أخذ من الكفيل وكانت الكفالة بغير الأمر لا يرجع على البائع، لكن البائع بعد الاستحقاق والقضاء عليه يرجع هو على بائعه »[3].

***

---

(١) الاستحقاق هو ضمان الدرك، ويؤخذ من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المصنف: ولا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا على الكفيل... إلخ من أوائله نمرة: ١٩٢، وصرح به في جامع الفصولين من أوسط السادس عشر في الاستحقاق ص: ٢٢٢.

(٢) رد المحتار: ٥/ ١٩٢، ١٩٣.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤/ ١٤٦.

● (مادة ٤٩٤): علم المشتري بكون المبيع ليس ملكًا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع[١].

في الاستحقاق لو أقر المشتري بأن المبيع ملك فلان وصدقه، أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل؛ لأن النكول من المضطر كالبينة، وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل؛ لتناقضه، بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع لعدمه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل، وهي تدعي ذلك، أو أنها ملك فلان، وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها؛ حيث يقبل، ويرجع بالثمن على البائع؛ لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، ولو باع عقارًا ثم برهن أنه وقف لا تقبل؛ لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الإعتاق، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري أنها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل، إلا من كان قبل فلان، ولو اشترى شيئًا، ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر البائع والمشتري؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما، ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل، ولزم البيع؛ لأنه يقرر القضاء الأول، ولا ينقضه.

ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له، ولا يعود البيع المنتقض، ولو قضى للمستحق بعد إثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها المشتري؛ لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا عنده، ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم.

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعه، وهلك الثمن في يده تقبل، ولو استهلك أو رده لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق، ومع ذلك أقام المستحق البينة، وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه؛ لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار؛ لأنه يحتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه، وذكر رشيد الدين: أن المدعي لو أقام بينة على دعواه، ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة؛ لأنها إنما تقبل

---

(١) نقله من الدر من أواخر الاستحقاق ص: ٩٩.

على المنكر لا المقر.

والأظهر والأقرب إلى الصواب أنه يقضي بالإقرار، وهو يناقض ما ذكره في الاستحقاق؛ إلا أن يخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع، وقصد القاضي إلى القضايا بإحدى الحجتين بعينها، ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء، فليس للمشتري أن يسترد المستحَق من البائع لثبوت التقايل، ولو لم يترادًّا، ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ، ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بـ: لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع، ولا يعمل ما قاله؛ لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط.

وإذا زكَّى المشتري شهود المستحق قال أبو يوسف: اسأل عن الشاهدين فإن عدلا رجع المشتري بالثمن على بائعه، وإلا يقتصر على المشهود عليه، ولا يرجع بثمنه كالإقرار، ثم لو ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلا بد أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بينه فأنكر بائعه البيع فبرهن عليه يقبل، ورجع بثمنه.

وقيل: يشترط حضرة المبيع لسماع البينة، وقيل: لا، وبه أفتي، بل لو ذكر شبه العبد وصفته، وقدر ثمنه كفى، شراه عالمًا بأنه ليس لبائعه ثم استحق رجع بثمنه، وللمستحق عليه تحليف المستحق باللَّه: ما باعه، ولا وهبه، ولا تصدق به، ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه، ولو شرى أرضًا فبنى أو زرع أو غرس فاستحق يرجع المشتري بثمنه على بائعه، ويسلم بناءه وزرعه وشجره إليه فيرجع بقيمتها مبنيًّا قائمًا يوم سلمها إليه.

فلو بنى المشتري بناءً قيمته عشرة آلاف مثلًا، وسكن فيه زمانًا حتى ضعف البناء وتغيَّر، وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على بائعه بقيمة البناء يوم تسليمه، ولا ينظر إلى ما كان أنفق، وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع؛ حتى لا يرجع بقيمة جص وطين، ولو كان البائع غائبًا، والمستحق أخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري: غَرَّني بائعي، وهو غائب قال أبو حنيفة: لا يلتفت إلى قول المشتري فيؤمر بهدمه، وتدفع الدار إلى المستحق، فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البائع بقيمة بنائه، وإنما يرجع عليه لو كان البناء قائمًا فسلمه إليه فهدمه، وأخذ النقض، وأما لو هدمه فلا شيء على البائع.

وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتًا في الاستحقاق، وللمشتري الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائمًا، وبقيمة الولد للغرور، وإن عرف المشتري أن الدار لغير البائع، ولم يدع البائع وكالة فبنى فاستحق لم يكن مغرورًا، ولو ادَّعى

المشتري أن البناء له، وقال البائع: لي، فالقول للبائع، وإذا رجع المشتري على بائعه بالثمن، وقيمة البناء، قال أبو حنيفة: لا يرجع البائع على بائعه إلا بثمنه، وعندهما يرجع بهما.

وفي البزازية من الاستحقاق: ظهرت المشتراة حرة، ومات البائع لا عن وارث وتركة، وبائع البائع قائم نَصَّب الحاكم عن البائع الثاني وصيًّا فيرجع المشتري عليه، وهو يخاصم البائع الأول[1].

***

● (مادة ٤٩٥): إنما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكائن من الأصل، فإن ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع بعد الشراء في ملك المشتري، كما لو أثبت المستحق أنه يملكه بتاريخ متأخر عن الشراء أو بعد ما صار إلى حال لو كان غصبًا لملكه الغاصب به فلا حق له في الرجوع بالثمن على البائع، ما لم يثبت أنه كان له قبل هذه الصفة[2].

الاستحقاق لا بد أن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه، ففي الجامع الكبير: لو اشترى ثوبًا فقطعه وخاطه، ثم استحق بالبينة لا يرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأن الاستحقاق ما ورد على ملكه؛ لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه مَلَكَه، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد عليه بعدما صار إلى حال لو كان غصبًا ملكه به لا يرجع؛ لأنه متيقن الكذب، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، فلو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن، وعلى هذا: لو اشترى حنطة، وطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال: كانت لي قبل الطحن يرجع، وكذا لو شرى لحمًا فشواه.

ويشمل حق المشتري في الرجوع ما إذا كان الشراء فاسدًا كما في جامع الفصولين، وما إذا كان عالمًا بكونه ملك المستحق، وما لو أبرأ البائع المشتري عن ثمنه، فللبائع الرجوع على بائعه، لو الإبراء بعد الحكم لا قبله، وما لو مات بائعه، ولا وارث له فالقاضي ينصب عنه وصيًّا ليرجع المشتري عليه، وما إذا زعم بائعه أنه نتج في ملكه، وعجز عن إثباته وأخذ منه الثمن، فله الرجوع على بائعه؛ لأنه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم، وكذا لو زعم أنه ليس

(١) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ١٥٨، ١٥٩.

(٢) يستفاد ذلك من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المصنف: ويثبت رجوع المشتري على بائعه بالثمن... إلخ ص: ١٩٤، وكما في جامع الفصولين من أول السادس عشر، والأنقروية من أوسط باب الاستحقاق ص: ١٨٤.

له الرجوع لإنكاره البيع؛ لأنه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم، وإذا ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه، فلا بد أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بيَّنه وأنكر البائع البيع، فأثبته المشتري رجع بثمنه[1].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٦١٦) من المجلة العدلية، والمادة (٤٠٧) مدني سوري، والمادة (٥٤٩) مدني عراقي، والمادة (٥٠٣) مدني أردني، ونصها:

١ - « يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض من المشتري إذا كان سبب الاستحقاق سابقًا على عقد البيع.

٢ - ويضمن البائع أيضًا إذا استند سبب الاستحقاق إلى سبب حادث بعد البيع ناشئ من فعله ».

* * *

(مادة ٤٩٦): لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا أثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة، فإن ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله، أو بتوكيل المشتري[2] أو وكيله فلا يكون له حق في الرجوع على البائع.

يثبت الرجوع للمشتري إذا ثبت الاستحقاق بالبينة؛ لأنها حجة متعدية تظهر في حق كافة الناس، أنها لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة.

أما إذا ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري، أو وكيله بالخصومة، أو بنكولهما فلا رجوع؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعداه إلى غيره، لعدم ولايته عليه.

وهذا يتفق مع المادة (٥٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على ما يلي:

« إذا ثبت الاستحقاق ببينة المستحق، فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن، أما إذا كان الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة، أو بنكولهما فليس له الرجوع.

* * *

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٩٦.

(٢) في طبعة دار الفرجاني « بنكول » والمثبت من طبعة نظارة المعارف وهو الصحيح.

(مادة ٤٩٧): الحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد، وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه، ولو كان مورثه فيتعدى إلى بقية الورثة فلا تسمع دعوى الملك من أحد منهم[١].

ومتى استحق المبيع من يد المشتري الأخير وقُضِي به للمستحق جاز لكل واحد من الباعة أن يرجع على صاحبه بعد رجوع المشتري عليه، ولو كان أداؤه الثمن له بلا إلزام القاضي إياه.

هذه المادة تتفق مع ما ورد في المادة (٥٢) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

الاستحقاق الناقل للملك لا يوجب الفسخ، ويتوقف على إجازة المستحق والحكم به حكم على ذي اليد، وعلى من تلقى الملك منه، ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه إلا بعد الرجوع عليه.

فالاستحقاق الناقل للملك من شخص إلى آخر كالاستحقاق بالملك، بأن ادعى أن ما في يد فلان ملك له وبرهن، وهو لا يوجب فسخ العقد على الظاهر؛ لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري، بل يوجب توقفه على إجازة المستحق أو فسخه.

واختلف في البيع متى ينفسخ؟ فقيل: إذا قبض المستحق، وقيل: بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له، أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح، وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ، وهو الأصح.

والحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد، حتى يؤخذ المدعى من يده، وهذا إذا كان خصمًا، فلا يحكم على مستأجر ونحوه؛ لأنه ليس بخصم، وحكم على من تلقى ذو اليد الملك منه، فإن قال « مثلًا » عند الحكم عليه: اشتريت هذه العين من فلان، كان الحكم عليه حكمًا على من اشترى منه، ولو كان مورثه، ويتعدى إلى بقية الورثة.

وليس لأحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن، ما لم يرجع المشتري منه عليه بالثمن، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد؛ لأن في يده ثمنًا، فلو رجع بالثمن على بائعه قبل أن يرجع عليه، اجتمع في ملكه ثمنان[٢].

---

(١) يفهم من الدر أول الاستحقاق.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٥٢) الطبعة التمهيدية.

● (مادة ٤٩٨): إذا أحال البائع بالثمن على المشتري فدفعه إلى المحال، ثم استحق المبيع بالبينة يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال[١].

وإن كان قد اشتراه من وكيل البائع، ودفع له الثمن فإنه يرجع على الوكيل لا على الأصيل، وإن كان دفعه للأصيل يؤمر الوكيل بأخذه منه ودفعه للمشتري[٢].

لو أحال البائع رجلًا بالثمن على المشتري، وأدى إليه ثم استحقت الدار فإنه يرجع على البائع لا على المحال، وإن لم يظفر بالبائع، كان البائع له وكيل، فللمشتري مطالبته بالثمن من ماله، ولا ينتظر إن كان دفع الثمن إليه، وإن كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل، وما إذا قال البائع للمشتري: قد علمت أن الشهود شهدوا بزور، وأن المبيع لي فصدقه المشتري فإنه يرجع عليه بالثمن؛ لأنه لم يسلم له المبيع، فلا يحل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع.

***

● (مادة ٤٩٩): إذا استحق المبيع على المشتري بالبينة فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأي سبب كان[٣].

يستحق المشتري مطالبة البائع بالثمن الذي دفعه له لو ظهر المبيع مستحقًّا، ولا يلتفت إلى نقصان قيمة المبيع، وهذه مسألة متعلقة بالقواعد العامة للاستحقاق، والقاضية بضمان البائع سلامة المبيع من أي استحقاق للغير.

***

● (مادة ٥٠٠): إذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذي اشتراه به المشتري فليس له حق في طلب شيء من البائع زائدًا عن الثمن الذي أداه إياه[٤].

حق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع متعلق بالثمن الذي دفعه له، لا يلتفت إلى زيادة سعر المبيع أو قيمته؛ لأن القصد من ضمان الاستحقاق هو جبر الضرر الواقع على المشتري وليس إثراءه أو تحقيق الربح له؛ ولذا لو استحق المبيع، وكان ثمنه مائة وأصبحت قيمته مائة وخمسين فلا حق للمشتري في الرجوع على البائع إلا بالمائة التي دفعها.

***

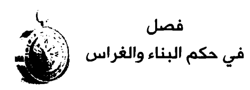
---

(١) يستفاد من رد المحتار في الاستحقاق عند قول المصنف: ويثبت رجوع المشتري على بائعه ص : ١٩٤.

(٢) يستفاد من الأنقروية من باب الاستحقاق في أوائله من أواخر ص : ١٧٩.

(٣) جامع الفصولين : ١/ ٣١٩ بعد قوله: شرى بيتًا ذا سقفين وقبضه وخرب السقف الأعلى إلى آخره، « ولو استحق الأعلى والأسفل بعد التخريب فالمستحق يضمنه قيمة المنقوض ويرجع المشتري على بائعه بكل الثمن ».

(٤) نقله من الخيرية أوائل باب الاستحقاق ص : ٣٣٣.



فصل
في حكم البناء والغراس

(مادة ٥٠١): إذا بنى المشتري[١] بناءً في المبيع أو غرس فيه أشجارًا، ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشتري على البائع بالثمن وبقيمة البناء والغراس إن سلمهما للبائع، وتقوم قيمتهما قائمين غير مقلوعين يوم تسليمهما للبائع، فإن رجع المشتري بالثمن[٢] وقيمة البناء والغراس على البائع فلا يرجع هذا البائع على بائعه إلا بالثمن دون قيمة البناء والغراس.

رجل اشترى أرضًا فغرس فيها شجرًا فنبت الشجر ثم استحقت الأرض يقال للمشتري: اقلع الشجر، فإن كان قلعه يضر بالأرض يقال للمستحق: إن شئت تدفع إليه قيمة الشجر مقلوعًا ويكون الشجر لك، وإن شئت فخله حتى يقلع الشجر ويضمن لك نقصان أرضك، فإن أمره بالقلع وقلع المشتري ثم ظفر بالبائع بعد القلع، فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن، ولا يرجع بقيمة الشجر ولا بما ضمن من نقصان الأرض، وإن اختار المستحق أن يدفع إلى المشتري قيمة الشجر مقلوعًا ويمسك الشجر وأعطاه القيمة، ثم ظفر المشتري بالبائع فإنه يرجع على البائع بالثمن ولا يرجع بقيمة الشجر، ولا يكون للمستحق أن يرجع على البائع ولا على المشتري بنقصان الأرض؛ لأنه لما اختار دفع قيمة الشجر صار كأن المستحق هو الذي غرس الشجر، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال الحسن: للقاضي أن يبعث أمينًا يُقَوم النابت في الأرض، ثم يقول القاضي للمشتري: اقلع الشجر واحفظه حتى إذا ظفرت بالبائع فسلمه إليه وتأخذه بقيمته نابتًا، وإن لم تستحق الأرض حتى أثمر الشجر وبلغ الثمر حتى جاء مستحق واستحق الأرض وطالب المشتري بقلع الشجر كان له ذلك، فإن كان بائع الأرض حاضرًا كان للمشتري أن يرجع بقيمة الشجر نابتًا في الأرض، ويسلم الشجر قائمًا إلى البائع، ويجبر البائع على قلع الشجر، وإن كان البائع غائبًا قلعه المشتري ولا يرجع بقيمة الشجر، وإن كان المشتري زرع في الأرض حنطة، أو شيئًا من أصناف الرياحين والحبوب والبقول ثم استحقت الأرض، قال أبو يوسف: يؤمر المشتري حتى يقلع الزرع إن كان البائع غائبًا ولا يرجع على بائعه.

---

(١) نقله من الدر أواخر باب الاستحقاق ص: ٢٠٠.

(٢) نقلها في رد المحتار من أواخر الاستحقاق عند قول الشارح: رجع بالثمن وقيمة البناء على البائع ص: ٢٠٠، وهو قول الإمام، خلافًا لهما، ومثله في جامع الفصولين في السادس عشر ص: ٢١٨ والأنقروية ص: ١٨٩.

وإن كان الزرع أخرب الأرض فللمستحق أن يضمنه نقصان الأرض ثم لا يرجع المشتري على البائع إلا بالثمن، وإن كان المشتري قد كرى الأرض نهرًا، أو حفر ساقية أو قنطر قنطرة على النهر، ثم استحقت الأرض يرجع على البائع بالثمن وبقيمة ما أحدث في الأرض من بناء القنطرة، ولا يرجع بما أنفق في كري النهر وحفر الساقية ولا في مسناة جعلها في التراب، وإن جعلها من آجر، أو لبن، أو قصب، أو شيء له قيمة فإنه يرجع على بائعه بقيمة ذلك، وهو قائم في الأرض ثم يؤمر البائع بقلع ذلك[1].

وتتفق هذه المادة في المقصد، وهو جبر ضرر المشتري، مع المواد: (١٩، ٩٢٤، ١٤٣٥) من المجلة العدلية وشرحها لعلي حيدر، والمادة (٥٢) تقنين حنفي، والمادة (٤١١) مدني سوري، والمادة (٥٥٠) مدني عراقي، والمادة (٥٠٥) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا قضي باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع، ويخلص المبيع للمشتري.

٢ - فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد، وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

٣ - ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرًا بقيمته يوم التسليم للمستحق.

٤ - ويضمن البائع أيضًا الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ».

***

(مادة ٥٠٢): إنما يرجع المشتري إذا بنى أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه للبائع، أما ما لا يمكن تسليمه إليه ولا تبقى له قيمة بعد نقضه كالجص والطين ونحوهما فلا رجوع للمشتري بقيمته على البائع، كما أنه لا رجوع له بقيمة ما أنفقه في المنافع من حفر بئر أو تطهير بالوعة أو مرمة شيء في المبيع المستحق ونحو ذلك[2].

توضيح ذلك: أنه لو شرى دارًا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيًّا على البائع إذا سلم النقض إليه، وإن لم يسلم فبالثمن لا غير، كما لو استحقت بجميع بنائها؛ لما تقرر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء، مثلًا: لو حفر بئرًا أو نقى البلوعة أو رم من الدار شيئًا ثم استحقت لم يرجع بشيء على البائع؛ لأن الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة، كما في مسألة الخرابة، حتى

(١) مجمع الضمانات ص : ٢٣١.

(٢) يستفاد من الدر في أواخر الاستحقاق ص : ٢٠١.

لو كتب في الصك: فما أنفق المشتري فيها من نفقة أو رم فيها من مرمة فعلى البائع يفسد البيع، ولو حفر بئرًا وطواها يرجع بقيمة الطي لا بقيمة الحفر، فلو شرطاه فسد، وكذا لو حفر ساقية إن قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية.

وبالجملة: إنما يرجع إذا بنى فيها أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع، فلا يرجع بقيمة جص وطين، وتمامه في الفصل الخامس عشر من الفصولين: وفيه شرى كرمًا فاستحق نصفه له رد الباقي إن لم يتغير في يده ولم يأكل من ثمره، ولو شرى أرضين فاستحقت إحداهما إن قبل القبض خير المشتري وإن بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار[١].

***

(مادة ٥٠٣): إذا قلع المستحق البناء أو الشجر الذي كان قائمًا بالمبيع قبل أن يسلمه المشترى للبائع، فالمشترى يرجع بالثمن على البائع، وهو في النقض بالخيار إن شاء سلمه إلى البائع ورجع عليه بقيمته مبنيًا غير منقوض، ومغروسًا غير مقلوع يوم تسليمه إلى البائع، وإن شاء أمسكه لنفسه ولا يرجع بالنقصان[٢].

إذا اشترى أرضًا فغرس فيها أغراسًا، أو دارًا فبنى فيها بناء، ثم جاء مستحق استحقها فإنه يأخذها ويقلع الأشجار وينقض البناء، والمشتري يرجع على بائعه بالثمن، وهو بالخيار إن شاء سلم النقض إلى البائع ويرجع بقيمته مغروسًا غير مقلوع ومبنيًا غير منقوض، وإن شاء حبس لنفسه ولا يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية إلا إذا كان باتفاقهما، وكذا لا يرجع البائع على بائعه بقيمة المبيع عند البناء عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وكذا لا يرجع بنقصان العيب[٣].

***

(مادة ٥٠٤): إذا بنى المشتري أو غرس في المبيع الذي اشتراه حال كونه عالمًا بأن البائع لم يكن مالكًا، وأنه باعه إليه بلا أمر مالكه فلا حق له في الرجوع بقيمة البناء والغراس، وإنما يكون له حق في الرجوع بالثمن فقط.

فإن كان المشتري جاهلًا وقت الشراء أن البائع باعه بأمر المالك أو بغير أمره، وغره البائع بقوله: أمرني المالك بالبيع فاشترى وغرس أو بنى في المبيع، ثم استحقه مالكه وأنكر الأمر بالبيع يكون الحق للمشتري في الرجوع بالثمن وبقيمة البناء والغراس[٤].

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢٠٧.

(٢) يستفاد حكمها من جامع الفصولين من السادس عشر في أوسطه ص: ٢١٧.

(٣) مجمع الضمانات ص: ٢٣٤.

(٤) يستفاد نقل هذه المادة من الأنقروية من أوسط الاستحقاق ص: ١٨٩.

المقصود من ضمان الاستحقاق: هو دفع الضرر عن المشتري الذي ألحقه به البائع بفعله، سواء كان البائع عالمًا أو جاهلًا بسبب الاستحقاق؛ ولذا يضمن قيمة بناء المشتري وغراسه؛ لأنه هو الذي غره، أما لو كان المشتري عالمًا بسبب الاستحقاق أقدم مع ذلك على البناء والغراس في المبيع، فيكون هو الذي أضر بنفسه بما تحمله في هذا البناء أو الغراس، ولا ضمان فيما يفعله المرء بنفسه أو ماله طبقًا لما هو مستقر في الفقه الإسلامي، لكن هذا لا يمنع من ضمان البائع الثمن الذي دفعه إليه المشتري، وهذا هو منصوص البند الثاني من المادة (٥٠٦) من القانون المدني الأردني، ونصها:

« ولا يمنع علم المشتري بأن المبيع ليس ملكًا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق ».

ومفاد النص على الرجوع بالثمن: أنه لا حق للمشتري فيما تحمله فوق ذلك مع علمه بأن المبيع ليس ملكًا للبائع، والمشتري معتد بتصرفه في ملك الغير، دون إذن منه، والقاعدة: أنه ليس لعرق ظالم حق، وتتفق هذه المادة مع المواد (٤١٣) مدني سوري، (٥٥٦، ٥٥٧) مدني عراقي، والمادة (٤٠٣) من المجلة العدلية وشرحها للأتاسي.

***

● (مادة ٥٠٥): إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق، ويخير المشتري في الباقي إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق، سواء أورث الاستحقاق عيبًا في الباقي أم لا، أي سواء كان قيميًّا أو مثليًّا؛ لتفرق الصفقة بعد التمام، وكذلك الحكم إن قبض بعضه ثم استحق، سواء استحق المقبوض أو غيره، وإن اسْتُحِق موضع بعينه قبل القبض فالمشتري بالخيار أيضًا، وإن استحق بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق[1].

لو استحق بعض المبيع، فإن كان استحقاقه قبل القبض خُيِّر في الكل لتفريق الصفقة، وإن بعد القبض خير في القيمي لا في غيره؛ لأن التبعيض في القيمي - كالثوب - عيب فيخير، بخلاف المثلي، وفي شروط ظهير الدين: إذا استحق نصف الدار شائعًا فالمشتري بالخيار عندنا، إن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسك ما بقي، ورجع على البائع بثمن المستحق، وإن اسْتُحِق منها موضعٌ بعينه إن كان قبل القبض فهو بالخيار، وإن بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق، وقال الخصاف: له أن يرد الكل ويرجع بالثمن، وفي شرح الطحطاوي: إذا اشترى شيئًا ثم استحق بعضه، فإن كان شيئًا لا يمكن تمييزه

---

(١) يستفاد من ص : ٢١٢ من حاشية رد المحتار على الدر المختار.

إلا بضرر كالدار والأرض والكرم والعبد يتخير المشتري وإلا فلا، وإن قبض المشتري أحد المبيعين فيما إذا وقع البيع على شيئين فحكمه ما قبل قبضهما، فثبت الخيار للمشتري سواء ورد الاستحقاق على مقبوض أو غيره؛ لتفريق الصفقة قبل التمام[١].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤١١) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلًا بحق أو قيد، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علم به لما أتم العقد، كان له أن يردَّ المبيع وما أفاده منه، على أن يعوضه البائع.

٢ - فإذا اختار المشتري استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق »[٣].

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٢/ ٥١.

(٢) انظر المادة (٤١١) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص : ١٣٨.

(٣) تتفق هذه المادة في حكمها مع المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي: « إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلًا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه ».

ونص هذه المادة يعبر عن وجود عيب في المبيع بقوله: إن خسارة المشتري قد بلغت قدرًا لو علم به لما أتم العقد؛ إذ إن المقصود بالعيب في تعبير الفقه الإسلامي هنا هو تفريق الصفقة على المشتري وما يسببه من خسارة.

والتعويض المشار إليه في حالة استبقاء المبيع أو عدم بلوغ الخسارة الحد المبين في الفقرة الأولى يراد به حصة القدر المستحق من الثمن بالإضافة إلى تعويض الخسائر الأخرى.

وتتفق هذه المادة المقترحة في حكمها مع المادة (٤٨٥) من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا استحق بعض المبيع، أو ثبت عليه حق للغير، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه، على أن يعوض في حدود ما تقضي به المادة السابقة.

٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقًا لما تقضي به المادة السابقة ».

وتقابل المادة (٥٥٥) من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا استحق بعض المبيع، أو كان مثقلًا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد.

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ».

وتقابل المادة (٥٠٩) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي:

١ - « إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن، أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق.

٢ - وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله، وأحدث الاستحقاق عيبًا في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع =

(مادة ٥٠٦): إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم إن أحدث الاستحقاق عيبًا في الباقي يخير المشتري إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق، وإن لم يحدث عيبًا في الباقي يأخذه المشتري بلا خيار، ويرجع بحصة المستحق، كثوبين استحق أحدهما، أو كيلي، أو وزني استحق بعضه، ولا يضر تبعيضه فالمشتري يأخذ الباقي.

تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان، وبعده يجوز في غير المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدًا، سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ، وقيل: إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة؛ لأنه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، ووجه الأظهر: أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسمًا وحكمًا؛ أما الأول: فلأنه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما، وأما الثاني: فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع؛ لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم، ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد.

وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبًا ليس له إلا رد الكل أو إمساكه؛ لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهي في الأعيان المجتمعة عيب، فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك، فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالإجماع، فالجواب: أنه على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة: ساقط، وعلى الأخرى: إنما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه؛ لأنه لا يضره التبعيض؛ لأن استحقاق البعض لا يوجب عيبًا في المستحق وغيره؛ لأنهما في المالية سواء، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيبًا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررًا، بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبًا وميزه ليرده؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعيض يضره، والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلا رد الكل أو إمساكه.

وهذا، أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وهذا يرشد إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى

= بالثمن، أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن، وإن لم يحدث عيبًا، وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق.

٣ - فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقًّا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن ».

رضا العاقد وقبض المبيع، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها، وإن كان المبيع ثوبًا واحدًا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي؛ لأن التشقيص في الثوب عيب؛ لأنه يضر في ماليته والانتفاع به، فإن قيل: حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب، أجيب بأنه قد كان وقت البيع، يعني أنه ليس بحادث في يده، بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعًا، بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر.

وحكم العيب والاستحقاق سيَّان قبل القبض في جميع الصور، أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما، أما العيب فظاهر، وأما الاستحقاق فلقوله: أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي؛ لتفرق الصفقة قبل التمام، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون؛ لأنه لو استحق أحد الثوبين ليس له أن يرد الآخر، وللمشتري في المكيل والموزون رده كله أو أخذه، والمراد بعد القبض[1].

***

(مادة ٥٠٧): إذا بنى المشتري في المبيع، ثم استُحِقَّ منه جزء شائع ورد المشتري ما بقي منه على البائع كان له أن يرجع عليه بالثمن ونصف قيمة البناء، وإن استحق منها جزء بعينه فإن كان البناء في ذلك الجزء خاصة رجع المشتري بجميع قيمة البناء، وإن كان في الجزء الآخر فلا يرجع بقيمته[2].

تتعلق هذه المسألة بالقواعد السابقة، وهي نوع تطبيق عليها، وتوضيحها أنه: لو اشترى رجل دارًا وبنى فيها، ثم استحق رجل نصفها ورد المشتري ما بقي على البائع، كان له الرجوع على البائع بالثمن وبنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في النصف، ولو استحق منها نصفًا بعينه وكان البناء في النصف الذي لم يستحق كان له أن يرجع برد الباقي، ولا يرجع بشيء من البناء.

***

(مادة ٥٠٨): إذا استحق أحد البدلين في المقايضة، وهي بيع عين بعين يرجع المشتري بالبدل الآخر إن كان قائمًا، أو بقيمته إن كان هالكًا لا بقيمة المستحق[3].

هذه المسألة تطبيق لقواعد الاستحقاق السابقة بخصوص المقايضة التي يكون فيها كل من البدلين ثمنًا ومبيعًا؛ ولذا لو استحق أحدهما ردَّ الآخر؛ ولذا فإنه إذا اشترى قمحًا بشعير

---

(١) العناية شرح الهداية: ٦/ ٣٨٩.

(٢) يستفاد من الأنقروية أواخر الاستحقاق ص: ١٩٠.

(٣) يستفاد من الأنقروية من الاستحقاق ص: ١٨٢.

وتقابضا، ثم وجد بالقمح عيبًا فإنه يرجع بحصة العيب من الشعير فيُقَوَّم القمح سالمًا ويُقَوَّم وبه العيب، فإن كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الشعير؛ لأنه بدل القمح، ألا ترى أنه لو كان قائمًا بعينه رده؟ وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البدل، وكذلك الحيوان والعروض كلها إذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد، فيرجع بالبدل إن كان قائمًا وبقيمته إن كان هالكًا؛ لأنه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد، وكذلك ما يكال أو يوزن إن كان بعينه فإن فوات القبض فيه مبطل للعقد كما في العروض.

ولو أقرَّ المشتري به لإنسان ولم يُقِمْ عليه بينة لم يرجع على البائع بشيء؛ لأن إقراره حجة في حقه دون البائع، فهو في حق البائع متلف للسلعة بإقراره، وإن استحق ببينة فقال البائع: ليس هو المبيع الذي بعتك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه ينكر البيع في هذا الشيء الحاضر، ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلًا كان القول قوله مع يمينه، وكان على المشتري إثبات العقد بالبينة فكذلك إذا أنكر العقد في هذا المحل[1].

* * *

❁ (مادة ٥٠٩): ما يدخل في البيع تبعًا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن، فيرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن[2].

وإذا استحق قبل القبض، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن، فلا يرجع بشيء، بل يخير بين أخذ المبيع بكل الثمن أو تركه، وإن كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجع بها على البائع.

في جامع الفصولين: شراه فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع، فله أن يرجع على بائعه بثمنه، وبنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين، فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضًا، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء، ولو اشترى نصفه مُشَاعًا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقي، وهو الربع، سئل بعضهم عمن اشترى أرضًا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الأشجار هل لها حصة من الثمن؟ قال: لا كما في قفل دار وبرذعة حمار فإن ما يدخل تبعًا لا حصة له من الثمن[3].

* * *

(١) المبسوط : ١٣/ ١٢٢.

(٢) يستفاد حكمها من أواخر الاستحقاق في رد المحتار ص : ٢٠٢.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٦/ ١٦٠، ١٦١.

(مادة ٥١٠): إذا ولدت الدابة المشتراة عند المشتري، ثم استحقت بالبينة فالمستحق يأخذها مع نتاجها، والمشتري يرجع على البائع بالثمن وقيمة النتاج.

يد المشتري على المبيع الذي ظهر مستحقًّا يد ضمان؛ لورودها على ملك الغير دون إذنه، فيأخذها هذا الغير مع نمائها؛ لطروء النماء على ملكه، ويرجع المشتري على البائع بما تضرر به؛ لأنه هو الذي غره، وهذه المادة توضيح لهذه القاعدة وتطبيق عليها.

***

(مادة ٥١١): إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع فلا بد للمستحق من أن يبرهن على قيمته يوم الشراء، فيضمن المشتري القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن[١].

في جامع الفصولين: استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائمًا وبقيمته هالكًا، وفيه أيضًا: إذا استحق أحد البدلين في المقايضة وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك لا قيمة المستحق لانتقاض البيع، وفي حاشية الخير الرملي: هذا يدل بإطلاقه على ما لو باعه المقايض لغيره وسلمه له، ثم استحق بدله استحق من يد المقايض للثاني أن يرجع بعين المبيع على المشتري منه لانتقاض البيع، ومن لوازمه: رجوعه إلى ملكه، فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشتري بغيبة بائعه لدعواه الملك لنفسه، فينتصب خصمًا للمدعي، وهو واقعة الحال في مقايضة بهيم ببهيم وتقابضا، وباع أحدهما ما في يده وسلم فاستحق من مشتريه، ولم أر فيها صريح النقل غير ما هنا.

لكن مجرد الاستحقاق لا يوجب نقض البيع وفسخه كما مر بيانه، إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلًا، وهي واقعة الفتوى، وقد أجبت بأن المستحق لا بد له من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشتري القيمة، ويرجع على بائعه بالثمن لا بما ضمن؛ لأن المشتري غاصب الغاصب، وقد صرحوا في الغصب بأن المشتري من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن؛ لأن رد القيمة كرد العين[٢].

وتتفق هذه المادة مع ما جاء في المواد (٤١٢) مدني سوري، (٥٤٧) مدني عراقي، (٥١٠) مدني أردني، ونص المادة الأخيرة:

١ - « إذا وقع الادعاء بالاستحقاق من بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمستحق

---

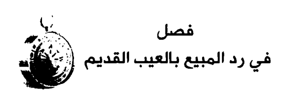
(١) حكمها في رد المحتار من خاتمة في آخر الاستحقاق.

(٢) رد المحتار: ٤/ ١٩٤.

قيمته يوم الشراء، ورجع على البائع بالثمن.

٢ - وإذا كانت القيمة التي ضمنها المشتري أكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق، مع ضمان الأضرار التي يستحقها وفقًا للفقرة (٤) من المادة (٥٠٥).

***



فصل
في رد المبيع بالعيب القديم

(مادة ٥١٢): البيع المطلق أي المجرد من شرط البراءة من العيوب، ومن ذكر العيب والسلامة يقتضي أن يكون المبيع سالمًا خاليًا من كل عيب.

الشراء إنما شرع لدفع الحاجة، ودفع الحاجة على التمام إنما يكون بالسالم من العيب غالبًا، فكان قصد المشتري بالشراء إلى السالم هو الغالب، فكان وصف السلامة كالمشروط، فيتخير عند فقده كي لا يتضرر بإلزام ما لم يرض به؛ ولأن السلامة من العيب لما كانت الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها[1].

وتقابل هذه المادة المواد (٤١٥، ٤١٦) مدني سوري، والمادة (٣٣٦) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٥١٢) مدني أردني، ونصها:

١ - « يعتبر البيع منعقدًا على أساس خلو المبيع من العيوب، إلا ما جرى العرف على التسامح فيه.

٢ - وتسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع... ».

***

(مادة ٥١٣): يثبت خيار العيب للمشتري وإن لم يشترطه في عقد البيع.

العيب هو: كل ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار نقصانًا فاحشًا أو يسيرًا، كالعمى والعور والحول، وحكمه أن يكون المشتري مخيرًا إن شاء رد المبيع، وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب، وهذا يقال له: خيار العيب، ولا يثبت خيار العيب إلا بشروط ثمانية:

١ - ألَّا يرى المشتري حين الشراء والقبض ذلك العيب، وإذا رآه يجب أن يكون لا يعلم أنه عيب عند التجار.

٢ - ألَّا تحصل حالٌ تدل على رضاه بالمبيع بعد اطلاعه على العيب.

٣ - ألَّا يشترط في البيع براءة البائع من دعوى العيب.

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي: ٢/ ٣٣٦.

٤ - أن يكون العيب قديمًا.

٥ - ألا يمكن إزالة العيب بلا مشقة.

٦ - أن يكون العيب ظاهرًا.

٧ - ألا يزول ذلك العيب قبل الفسخ.

٨ - ألا يكون ذلك العيب من لوازم الخلقة السليمة.

ولا فرق بين أن يكون العيب يسيرًا أو فاحشًا، العيب اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين، مثلًا: إذا قدر شخص مالًا سالمًا من العيب بألف قرش، وقدره وهو معيب بتسعمائة، وقدره آخر في هذه الحال بألف قرش يكون العيب يسيرًا، والعيب الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، مثلًا: إذا قوم أهل الخبرة جميعًا قيمة المال سالمًا من العيوب بألف قرش، وقيمته معيبًا خمسمائة يكون العيب فاحشًا.

والمشتري له أن يفسخ البيع ويرد المبيع إما بالذات وإما بواسطة وكيله، وإما إلى البائع أو وكيله، وأن يسترد منه الثمن إذا كان قد أداه، ويستثنى من هذه القاعدة المسائل الآتية:

الأولى: إذا اشترى الوكيل والوصي بالوكالة أو الوصاية مالًا بأنقص من قيمته، فليس لهما رد المبيع بخيار العيب - انظر المادة (٥٨) - ولكن لهما فسخ البيع بخيار الرؤية.

الثانية: إذا باع شخص من آخر مالًا وسلمه، وقبل قبضه الثمن وهبه ذلك الثمن أو أبرأه منه، ثم اطلع المشتري على عيب في المبيع فليس له رد المبيع واسترداد الثمن؛ لأنه ليس على المشتري أي ضرر من العيب؛ لأنه أخذه بلا ثمن، أما إذا وهب البائع المشتري وسلمه إليه بعد أن قبضه من المشتري، واطلع بعد ذلك على العيب فله رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن منه.

الثالثة: إذا باع المشتري مالًا من آخر وسلمه إليه ثم اشتراه منه، فظهر له أن فيه عيبًا قديمًا حينما كان في يد البائع الأول، فليس له أن يرد المبيع إلى أحد، مثال ذلك: لو باع شخص من آخر مالًا، وباع الآخر ذلك المال إلى آخر، ثم باع الآخر الأخير ذلك المال من بائعه فوجد فيه بائعه عيبًا قديمًا، فليس له أن يرده إلى بائعه، هذا كما ليس له أن يرده إلى بائعه الأول؛ لأنه لو جاز له أن يرده إلى بائعه الأخير جاز لبائعه الأخير أن يرده إليه، فلا يكون فائدة لهذا الرد، كما أنه ليس له أن يرده إلى بائعه الأول؛ لأنه لم يشتر ذلك المال منه آخر (رد المحتار).

الرابعة: إذا نقل المشتري المبيع إلى موضع آخر غير موضع الشراء، فليس له أن يرده بخيار العيب، سواء أوجب النقل زيادة في ثمن المبيع أم لا، إلا أنه إذا أعاده إلى موضع الشراء فله أيضًا

رده، كذلك إذا اطلع المشتري على عيب المبيع وثبت له حق الرد بخيار العيب، إلا أنه زال العيب قبل الرد بطل خيار عيبه، وإذا رد المشتري المبيع بخيار العيب فمؤنة رده ونفقته تلزمه[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٨٣) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« من اشترى شيئًا ووجد به عيبًا فله الخيار في رده أو أخذه بكل ثمنه، وليس له إمساكه وإنقاص ثمنه إلا برضا البائع ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: حكم خيار العيب أنه يمنع لزوم العقد بعد تمامه، فإذا أطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة في المعقود عليه من العيب؛ لما روي أن رسول اللّه ﷺ اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدًا، وكتب في عهدته: « **هذا ما اشترى محمد رسول اللّه من العداء بن خالد بن هوذة عبدًا لا داء ولا غائلة ولا خبيثة، بيع المسلم من المسلم** » وفي هذا تنصيص على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير؛ لأن الرضا داخل في حقيقة البيع، وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وهذا التخيير إذا لم يتعين على المشتري إمساكه، وذلك إذا وجد مانع يمنع الرد، بأن حدث عنده عيب آخر، فيتعين في هذه الحالة أخذ المبيع.

وليس للمشتري أن يمسك المبيع ويطالب البائع بما يقابل نقصان العيب من الثمن؛ لأن العيب وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، ولأن الثمن عين، فإنما يقابله بمثله، والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعًا لعروضه غير متفرد به، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيًا، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع، فيكون إلزامًا على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة، فلا ضرورة في أخذ النقصان، فإن رضي البائع بإمساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه فله أن يمسكه[2].

وبهذا فإن خلو المبيع من العيوب وثبوت خيار العيب إنما هو بالشرع لا بالشرط.

***

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٣٣٨.

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٣) الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

(مادة ٥١٤): العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيرًا، أو ما يفوت به غرض صحيح[1] بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه[2].

العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، سواء كان يسيرًا أو فاحشًا، ويعرف العيب أيضًا بأنه ما تقتضي الفطرة السليمة أن يكون الشيء خاليًا منه، كحبة الحنطة التي لم تملأ لتأثير الهواء فهي معيبة، أما النقص الذي هو من مقتضى الخلقة السليمة فلا يكون عيبًا كالحنطة الرديئة فلا تكون معيبة؛ لأن من مقتضى الفطرة أن تكون الحنطة عالية أو وسطًا أو رديئة، أو ما يكون مضيعًا لغرض المشتري كشراء الأضحية مقطوعة الأذن فهي معيبة بالنظر للمشتري، والعيب هو: ما لا يمكن إزالته إلا بمشقة، كالزيت على الثياب مثلًا فإنه يزول ولكن بمشقة فهو عيب، أما التراب على الثياب فهو ليس بعيب.

واعلم بأن عبارة « عند التجار » الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي، فاللؤلؤ والجوهر يقدر عيبه من بائعي المجوهرات، والكتب يقدر عيبها من بائعيها، أما إذا تبين أن الحمار لا ينهق كالمعتاد، أو أن في الدار المباعة قبرًا، أو قيل بأن الدار مشؤومة، أو كانت الحنطة المباعة متربة أو حبها رفيعًا، أو وجد في الكرم مأوى جيوش النمل، أو ظهر أن الجمل المباع من غير الجنس الذي وقع عليه البيع، أو ظهر أن الكتاب المباع ناقص جزءًا أو جزأين، أو ظهر أن اللحم المباع على أنه لحم غنم لحم ماعز، أو الحصان لا يقف للركوب ولا يأخذ اللجام في فمه، أو ظهر في الدار المباعة طريق أو مسيل للغير، أو في الكرم المباع حصة للغير، أو ظهر في السمن ملح كثير، أو الدار التي بيعت مع مسيلها في ملك الغير إذا ظهر إن لا حق ولا قدم لهذا المسيل كل ذلك عيوب تستحق فسخ البيع[3].

وهذه المادة تتفق مع المادة (٨٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها:

« العيب المثبت للخيار هو ما يوجب نقصًا في القيمة، ولا يزال إلا بمشقة ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن المذكور هو ضابط العيب الذي يرد به المبيع؛ لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به، والمرجع في كونه عيبًا أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار، وأرباب الصنائع إن كان المبيع

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادة (٤١٤) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) أخرج بالغالب ما لو كانت الأمة ثيبًا مع أن الثيابة تنقص القيمة، لكنه ليس الغالب عدم الثيابة، رد المحتار من أول خيار العيب.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٣٨).

من المصنوعات، فالمرجع في معرفة العيب عرف أهله، سواء كان العيب ينقص العين، أو لا ينقص منافعها، بل مجرد النظر إليها وألا يتمكن من إزالته إلا بمشقة[١].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٤) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٢]، ونصها:

١ - « يكون البائع ملزمًا بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع في هذا الوقت عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة المستفادة مما هو مبين في العقد، ومما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده.

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشًّا منه »[٣].

---

(١) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٤) الطبعة التمهيدية.

(٢) انظر المادة (٤١٤) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤١.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٤٧) من مشروع القانون المدني المصري، وتقابل المادتين (٥٥٨، ٥٥٩) من التقنين العراقي: فالمادة (٥٥٨) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

« ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم، كان المشتري مخيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى.

٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم ».

والمادة (٥٥٩) تنص على أنه: « لا يضمن البائع عيبًا قديمًا كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أخفى عنه العيب غشًّا منه ».

وتقابل المواد (٤٨٩، ٤٩١، ٤٩٨) من التقنين الكويتي:

فالمادة (٤٩٣) من هذا التقنين تنص على أنه: « يكون البائع ملزمًا بالضمان وفقًا لأحكام المادة (٤٨٥) إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له ».

والمادة (٤٩٥) تنص على أنه: « لا يضمن البائع عيبًا كان المشتري يعرفه وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفاءه غشًّا منه ».

والمادة (٤٩٨) تنص على أنه: « إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض، أو أن يستبقي المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات ».

وتقابل المواد (٥١٢ / ٢، ٥١٣ / ٢، ٣، ٤، ٥١٤ / ١، ٢، ٣) من التقنين الأردني:

(مادة ٥١٥): يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قديمًا.

من شروط ثبوت خيار العيب للمشتري أن يكون العيب قديمًا على النحو الذي اتضح في اتجاهات الفقه الإسلامي ونصوص القوانين المدنية العربية، وإذا أراد المشتري فسخ البيع للعيب القديم ينظر، فإذا كان البيع لم يقبض فللمشتري فسخ البيع بحضور البائع، وينفسخ البيع بمجرد قول المشتري: فسخت البيع؛ لأن خيار العيب مانع لتمام عقد البيع قبل القبض فلا يحتاج الفسخ إلى حكم الحاكم أو إلى رضا البائع، بل يكفي فيه حضور البائع، وإذا كان المشتري قبض المبيع واستلمه وأراد الفسخ فيحتاج إلى حكم الحاكم أو رضاء البائع، وإذا ترك المشتري المبيع بدار البائع أو غاب البائع وفسخ المشتري البيع بحضور جماعة، وحفظه أمانة لحضور البائع فتلف المبيع يضمنه المشتري، وإذا فسخ البيع للعيب القديم وقبل البائع قولًا أو فعلًا باستلام المبيع تم الفسخ[1].

***

(مادة ٥١٦): العيب القديم هو ما كان موجودًا في المبيع وقت العقد، أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم[2].

العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح

= فالمادة (٥١٢/ ٢) من هذا التقنين تنص على أن: « تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب (انظر المواد ١٩٣ - ١٩٨) على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية:

والمادة (٥١٣/ ٢، ٣، ٤) تنص على ما يأتي:

- ويعتبر العيب قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

- يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلى سبب قديم، موجودًا في المبيع عند البائع.

- يشترط في العيب القديم أن يكون خفيًّا، والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة ».

والمادة (٥١٤/ ١، ٢، ٣) تنص على ما يأتي: «لا يكون البائع مسؤولًا عن العيب القديم في الحالات الآتية:

١ - إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

٢ - إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

٣ - إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر ».

ويتضح من هذه النصوص أن شروط العيب الموجب للضمان واحدة في نصوص العديد من القوانين المدنية العربية بما يشمل المدني المصري، والعراقي، والكويتي، والأردني.

انظر في تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه، المواد (٨٩، ٩٠) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٣٧).

(٢) يستفاد من رد المحتار في أوائل خيار العيب ص : ٧٢.

إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه[1]، ويكون قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع وهو عند البائع، يعني يشترط في ثبوت خيار البيع للمشتري أن يكون العيب في المبيع موجودًا وهو في يد البائع، وعليه: فالذي يحدث بعد البيع والتسليم لا يكون للمشتري به خيار العيب، وإذا اختلف البائع والمشتري في العيب فادعى البائع أن العيب لم يكن قديمًا وأنه حدث وهو في يد المشتري، وادعى المشتري أنه كان وهو في يد البائع، فإن كان من المحتمل حصوله وهو في يد المشتري فالقول مع اليمين للبائع؛ لأن البائع منكر للخيار، إلا أنه ترجح بينة المشتري في حق قدم ذلك العيب؛ لأنه يثبت بها الخيار[2].

ولو ادعى البائع حدوثه في يد المشتري، والمشتري قدمه في يد البائع، فالقول للبائع، والبينة للمشتري.

ويتفق نص هذه المادة مع ما جاء في العقد قي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٥١٣) من القانون المدني الأردني، ونصها:

١ - « يعتبر العيب قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع، أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

٢ - يعتبر البيع الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع ».

***

● (مادة ٥١٧): إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى، وله رده بعيب آخر، ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر.

لا يكون للمشتري خيار العيب:

أولًا: إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالعيب.

ثانيًا: إذا رأى المشتري ذلك العيب وقت الشراء واشتراه مع علمه بالعيب.

ثالثًا: إذا لم يطلع على العيب حين البيع والقبض وإنما اطلع عليه بعد ذلك فرضي.

رابعًا: إذا اشترى المبيع بعد أن أخبره شخص ثالث بوجود عيب فيه، فليس للمشتري حق الخيار بسبب ذلك العيب، حتى إنه لو رأى جرحًا في البغلة التي اشتراها أثناء الشراء، فقال له

(١) المادة (٥٥٨) من التقنين العراقي.

(٢) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٤٥، ٣٤٦ المادة (٣٣٩).

البائع: إن هذا الجرح حادث من ضربة أو جرح بسيط يلتئم في مدة قليلة، أو قال له: إذا ظهر أن الجرح قديم أو سيئ العاقبة فإنني مستعد حينئذ لإعطاء الجواب أو ما أشبه ذلك، ثم ظهر أن الجرح قديم ومهلك فليس له أن يردها على البائع.

فلذلك لو باع شخص من آخر فرسًا فيها جرح وقال للمشتري: لا تخف من هذا الجرح، وإذا تلفت الفرس منه فأنا ضامن لك، ثم تلفت بعد القبض فلا شيء عليه، وكذلك لو أخبر شخص آخر أن في الشيء الفلاني عيبًا فاشتراه فليس له خيار العيب، ويشترط عند الإمام الأعظم أن يكون المخبر عدلًا، أما عند الإمامين فلا يشترط ذلك، ولا يكون للمشتري خيار العيب، ولو كان المخبر عدلًا بسبب ذلك العيب؛ لأنه إذا وجد فيه عيب آخر فللمشتري الخيار إذا لم يكن من رضاء بذلك العيب الآخر، وإذا قال البائع بعد القبض: إن في المبيع عيبًا فلم يصدقه المشتري، بل قال: إن غرضه أن أرده عليه فقبضه إياه لا يكون رضاء بالعيب، وكذا تصرفه فيه ما لم يصدقه، لكن الاحتياط أن يقول له: أنا لا أعلم بذلك ولا أرضى بالعيب، فلو ظهر عندي أرده عليك.

ولو اشترى شخص حيوانًا مجروحًا مع علمه بعيبه هذا، وبعد أن عالج ذلك الجرح ظهر له فيه عيب قديم آخر، فهو مخير بالعيب الآخر، حتى لو تصالح مع البائع على العيب القديم على مال فظهر له بعد الصلح عيب آخر قديم فله أن يرده على البائع مع بدل الصلح، ولو رأى المشتري العيب حين الشراء، غير أنه لم يعلم بأنه عيب عند التجار، ولكن علم به فيما بعد فلا خيار له، إذا كان ذلك العيب من العيوب الظاهرة التي يعلمها كل إنسان، وإلا فله الخيار، وكذا إذا رأى المشتري جرحًا في البغلة التي يريد شراءها فاشتراها وهو لا يعلم أن ذلك الجرح عيب عند أرباب الخبرة بعد القبض فله ردها[1].

هذه المادة تتفق مع المادة (٤٢٠) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، ونصها:

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلًا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشًّا منه »[3].

---

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٤٧ المادة (٣٤١).

(٢) انظر المادة (٤٢٠) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٥٣) من القانون المدني المصري، و المادة (٤٩٥) من التقنين الكويتي.

وتقابل المادتين (٥٦٧، ٥٦٨) من التقنين العراقي.

(مادة ٥١٨): اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به، وقبل المشتري المبيع بهذا الشرط صح البيع والشرط وإن لم يسمِّ العيوب، لكنه في الحالة الأولى: يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية: يبرأ من الموجود دون الحادث فللمشتري رده بالحادث لا بالموجود[1].

« وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم يسم، خلافًا للشافعي؛ لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده، ويصح عندنا لعدم إفضائه إلى المنازعة، ويدخل فيه الموجود والحادث بعد العقد قبل القبض فلا يرد بعيب، وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله: من كل عيب به؛ ولو قال: مما يحدث صح عند الثاني وفسد عند الثالث »[2].

وهذا يتفق مع المادة (٣٤٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها للمحاسني،

= (فالمادة ٥٦٧) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه فلا خيار له في رده بالعيب المسمى، وله رده بعيب آخر.

٢ - وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب، أو من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشرط، وإن لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث ».

و المادة (٥٦٨) تنص على ما يأتي:

١ - « يجوز أيضًا للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان.

٢ - على أن كل شرط يسقط لضمان أو ينقصه يقع باطلًا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب ».

وتقابل المادة (٥١٤/ ٤) من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي: « لا يكون البائع مسؤولًا عن العيب القديم في الحالات التالية:

- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب ».

أما حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشًا منه، فيبطل شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه، انظر المادة (٩٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك؛ حيث جاء فيها: أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه إلا من العيوب التي لا يعلمها، أما التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها؛ لأن هذا من باب الغش.

(١) جاء في بدائع الصنائع : ١٣/ ٩٢ « باب العيوب في البيوع قال - رحمه الله -: وإذا برئ البائع إلى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز، وإن لم يسم العيوب عندنا، وقال الشافعي: شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل، إلا أن يكون عيبًا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان، وفي البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان: في أحد القولين: البيع فاسد وفي القول الآخر: البيع صحيح والشرط باطل، واحتج بنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وهذا بيع غرر؛ لأنه لا يدري أن المعقود عليه على أي صفة هو؛ ولأن هذا شرط يمنع موجب العقد؛ لأن موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك، ولأن البائع يلتزم تسليم المجهول؛ لأنه يلتزم تسليمه على الصفة التي عليها البيع، وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول ».

(٢) رد المحتار : ٥/ ٤٢.

والتي تنص على ما يلي:

« إذا باع مالًا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب »:

سواء عدد عيوبه أم لا، وسواء كان المبيع حيوانًا أو عقارًا أو عروضًا؛ لأن هذا الإبراء إسقاط، والإسقاط لا يحتاج إلى التسليم ولو تضمن التمليك، والجهالة فيه لا توجب النزاع، وهذا مألوف بالبيوع التي تقع بسوق الأروام، وما شابهه من الأسواق التي جرى التعامل بالبيع فيها على هذا الوجه، مثلًا: إذا باع البائع للمشتري دابته على براءة ذمته من كل عيب فيها صحَّ البيع ولا خيار للمشتري، سواء كان واقفًا على عيوبها أم لا، وتدخل في البراءة من العيوب الحاصلة في المبيع بعد القبض وقبله عند أبي يوسف، إلا إذا باعه المبيع مشترطًا براءة ذمته من كل عيب موجود في المبيع حين البيع، فإن هذا التقييد لا يمنع المشتري من رد المبيع للعيب الحاصل فيه بعد ذلك وقبل التسليم، وهذا كله لا يشمل الدرك حيث إن البراءة منه لا تمنع الرجوع على البائع؛ لأن حق الرجوع بالدرك متوقف على ضبط المبيع بالاستحقاق والحكم على البائع برد الثمن، وهذا لا يدخل تحت الإبراء[1].

***

(مادة ٥١٩): ما بيع بيعًا مطلقًا منقولًا كان أو عقارًا، أو ظهر للمشتري عيب قديم فيه فله الخيار، إن شاء قبله بكل الثمن المسمى، وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع.

ما بيع مطلقًا إذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيرًا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب، ويكون المشتري مخيرًا على التراخي بعد رؤية العيب. انظر شرح المادة (٣٤١).

***

(مادة ٥٢٠): إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير إن شاء قبلها بالثمن المسمى، وإن شاء رد جميعها، وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم[2].

إذا كان المبيع أشياء متعددة، وكانت كشيء واحد حكمًا، فلو ظهر بعضها معيبًا فالمشتري بالخيار بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله، لا المعيب وحده بحصته من الثمن، وكذا ليس للبائع

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسني المادة (٣٤٢).

(٢) يستفاد حكمها وما بعدها من رد المحتار من أوسط خيار العيب عند قول المصنف: اشترى عبدين وقبض أحدهما... إلخ ص: ٩٣.

أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط، وأخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك؛ إذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع برده بلا رضًا ولا قضاء؛ ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبًا فحكمه حكم الفصل الأول في كل ما مر؛ إذ الصفقة لا تتم بعد، سواء كان المبيع واحدًا أو أشياء، ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبًا قديمًا أو حادثًا بين شرائه وقبضه، فإن كان المبيع واحدًا كدار وكرم وأرض وثوب، أو كيليًّا أو وزنيًّا في وعاء واحد، أو صبرة واحدة أو شيئين كشيء واحد حكمًا، يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط؛ إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكمًا، كثياب وعبيد أو كيليًّا أو وزنيًّا في أوعية مختلفة، فللمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط لا يرد كله إلا بتراضي، ولا يرد المعيب إلا برضًا أو قضاء إذ الصفقة تمت، فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب؛ إذ المبيع المعيب دخل في البيع سليمًا، وفي خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط إن قبض الكل؛ لأنهما يمنعان تمام الصفقة، فهي قبل تمامها لا تحتمل التفريق، وإنما قلنا: إنه يمنع تمام الصفقة، لأنه يرد بلا قضاء ولا رضًا لو قبض الكل، ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل، سواء كان المبيع واحدًا أو أكثر.

والحاصل: أنه لو وجد العيب قبل قبض شيء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط، فليس له رد المعيب وحده بلا رضا البائع، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددًا غير متحد حكمًا، كثوبين وطعام في وعاءين على ما ذكرنا، بخلاف ما لو كان في وعاء واحد، فإنه بمنزلة المبيع الواحد، وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيًا، فلو باع بعضه أو أكل بعضه، فقدمنا في هذا الباب أن المفتى به قول محمد أن له أن يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا ما باع[1].

وتتفق هذه المادة مع الفقرة الأولى من المادة (٥١٩) من القانون المدني الأردني، ونصها:

« إذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة، وظهر في بعضها عيب قبل التسليم، فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها ».

وتتفق كذلك مع المادة (٣٥١) من المجلة العدلية والمادة (٩٥) من التقنين الحنفي والمادة (٥٦١) من القانون العراقي.

***

(١) رد المحتار: ٤/ ٩٤.

● (مادة ٥٢١): إذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم، فإن لم يكن في تفريقها ضرر فللمشتري أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالمًا، وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع، وإن كان في تفريقها ضرر فله أنه يرد المبيع كله، أو يقبله بكل الثمن.

ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بغضه معيبًا، فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيرًا إن شاء رد مجموعه، وإن شاء قبله بجميع الثمن، وليس له أن يرد المعيب وحده ويمسك الباقي، وإن كان بعد القبض فإذا لم يكن في التفريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالمًا، وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع، وأما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع، أو قبل الجميع بكل الثمن، مثلًا: لو اشترى قلنسوتين بأربعين قرشًا فظهرت إحداهما معيبة قبل القبض يردهما معًا، وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن، أما لو اشترى زوجي خف، فظهر أحدهما معيبًا بعد القبض كان له ردهما معًا للبائع وأخذ ثمنهما منه، والمراد من القبض قبض الجميع، فلو قبض المشتري مقدارًا من المبيع بعد أن اطلع على عيبه، ولم يقبض القسم الآخر منه، فالمشتري مخير إن شاء رد مجموعه، وإن شاء قبله بجميع الثمن، سواء أكان المبيع الذي ظهر معيبًا كان القسم المقبوض أو كان القسم غير المقبوض[1].

وتتفق هذه المادة مع الفقرة الثانية من المادة (٥١٩) من القانون المدني الأردني، ونصها:

« وإذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة، وظهر في بعضها بعد التسليم عيب قديم وليس في تفريقها ضرر، فللمشتري رد المعيب بحصته من الثمن، وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع، فإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد جميع المبيع أو يقبله بكل الثمن ».

***

● (مادة ٥٢٢): إذا كان المبيع كمية معينة من المكيلات والموزونات ووجد في بعضها عيبًا بعد التسليم، فإن كانت في أوعية مختلفة، فللمشتري أن يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده، وإن كانت في وعاء واحد أو لم تكن في وعاء فله رد الكل أو أخذه بعيبه بكل الثمن، وليس له رد المعيب وحده بحصته من الثمن[2].

« إن كان المشترى شيئًا واحدًا فوجد ببعضه عيبًا قبل القبض أو بعده، فليس له أن يرد

---

(١) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر : ١/ ٣٦٠، ٣٦١ المادة (٣٥١).

(٢) هذا التفصيل أحد قولين، وهو الأرفق والأقيس، وقيل: الحكم كما ذكر في الوجه الثاني مطلقًا بلا فرق بين وعاء ووعاءين، وهو الأظهر والأصح كما في رد المحتار من ص : ٩٣ في أوسط خيار العيب.

المعيب خاصة، وإن كان المعقود عليه مما يكال أو يوزن من ضرب واحد، فوجد ببعضه عيبًا ليس له أن يرد المعيب خاصة، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، حكى الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أنه إن كان على قياس قول محمد يجب أن يرد بعض المكيل والموزون بالعيب، وإن كان مجتمعًا، إذا كان التميز لا يزيد بالمعيب عيبًا، وكذلك إذا وجد البعض صغارًا فأراد أن يغربل ويرد الصغار من الحب الذي هو من تحت الغربال، ويمسك الباقي ليس له ذلك، وكذلك إذا اشترى الجوز أو البيض فوجد البعض صغارًا، فأراد أن يرد الصغار خاصة ويمسك الباقي فليس له ذلك.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال: ما ذكر من الجواب في المكيل والموزون محمول على ما إذا كان الكل في وعاء واحد، وأما إذا كان في أوعية مختلفة، فوجد في وعاء واحد معيبًا فإنه يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين والصنفين، كالحنطة والشعير وكان يفتي به ويزعم أنه رواية عن أصحابنا، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده، ومن المشايخ من قال: لا فرق بين ما إذا كان الكل في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الأصل يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي كذا في المحيط »[1].

***

● **(مادة ٥٢٣): إذا وجد في الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال ترابًا، فإن كان التراب قليلًا بحيث لا يعد عيبًا في العرف، فليس للمشتري رد المبيع، وإن كان فاحشًا ويعده الناس عيبًا يخير المشتري بين أخذ المبيع بالثمن المسمى أو رد واسترداد الثمن إن كان مقبوضًا.**

اشترى أقفزة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا، إن كان يوجد مثله في ذلك عادة لا يرد، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يرده، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميزًا ليس له ذلك، فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رده، وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شيء لا، ورجع بنقصان الحنطة، إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة، وفي الخانية: لو لم يعد ذلك التراب عيبًا فلا رد، وإلا فإن لم يفحش يرد، وإن فحش خير المشتري بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن، أو ردها وأخذ كل الثمن[2].

إذا وجد المشتري في الحنطة أو الشعير وأمثالهما من الحبوب المشتراة ترابًا، فإن كان

---

(١) الفتاوى الهندية: ٣/ ٨٣.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢٧.

ذلك التراب يعد قليلًا في العرف صح البيع، وإن كان كثيرًا بحيث يعد عيبًا عند الناس يكون المشتري مخيرًا[١].

***

(مادة ٥٢٤): إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد.

لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم، فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم، بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط، مثلا: لو اشترى ثوب قماش ثم بعد أن قطعه وفصله برودًا اطلع على عيب قديم فيه، فبما أن قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له رده على البائع بالعيب القديم، بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط، سواء حدث العيب بآفة سماوية أو بغيرها، وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري فليس للمشتري رد المبيع، إلا أنه في غير بيع التولية له الادعاء بنقصان الثمن، ما لم يرض البائع بقبول المبيع معيبًا ولم يكن هناك ما يمنع الرد، ففي هذه الحالة يأخذه البائع معيبًا ولا يدفع نقصان الثمن.

كذلك إذا ذهب المشتري بالمبيع ليرده على البائع بالعيب القديم الذي ظهر فيه، فتلف منه في الطريق تعود الخسارة عليه، له الرجوع على البائع بنقصان العيب، أما إذا كان العيب الحادث في المبيع حاصلًا بفعل البائع أو بفعل أجنبي، فله مع رجوعه على البائع بنقصان الثمن، أن يضمن البائع أو الأجنبي نقصان القيمة الحادث بذلك العيب، كذلك إذا بلَّ المشتري خيط الحرير، أو السختيان بالماء، أو وضع الحديد على النار، أو لبس الثوب فبلي، أو انهدم الحائط المائل، أو سن السكين بمبرد ثم ظهر بعد ذلك عيبه القديم، فليس له الرد بالعيب، وإنما له الرجوع بنقصان الثمن، أما إذا سنَّ السكين بحجر ثم ظهر العيب، فله رده.

كذلك لو اشترى شجرة؛ ليتخذ منها خشبًا فظهرت مجوفة، أو أنها لا تصلح إلا للحطب، فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن، إلا إذا رضي بها البائع مقطوعة، وفي هذه الحال يجب استرداد كل الثمن وقبولها على حالها.

كذلك لو اشترى حنطة للزرع فزرعها فلم تنبت، فإذا كان ذلك ناشئًا عن عيب فيها وثبت ذلك بالبينة، أو بالإقرار، أو بالنكول عن اليمين فله الرجوع على البائع بالنقصان وإلا فلا؛ إذ من المحتمل أن يكون عدم نباتها ناشئًا عن سبب آخر كرداءة الحرث، أو جفاف الأرض.

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية : ١/ ٣٦٥.

وإذا رد المشتري المبيع على البائع بعيبه القديم بالقضاء، أو بالرضاء، أو بالإقالة بعد حدوث عيب فيه، فاطلع البائع على ذلك العيب فله أن يرده على المشتري، ويدفع إليه نقصان الثمن، كما أن له أن يقبله بعيبه ولا يطالبه بنقصان الثمن، وإذا أعاد المبيع إلى البائع ثانية على هذا الوجه، فحدث فيه عيب آخر وهو في يده، فلا يرده على المشتري بالعيب الذي كان فيه وهو في يد المشتري، بل له أن يأخذ نقصان الثمن الحاصل بالعيب وهو في يد المشتري ما لم يقبله بالعيب الأخير[١].

وتتفق هذه المادة مع ما جاءت به المادة (٥١٧) من القانون المدني الأردني، ونصها:

١ - « إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد، فليس له أن يرده بالعيب القديم، وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه علي عيبه الجديد.

٢ - إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد البيع على البائع بالعيب القديم ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن مرجعها هو الفقه الحنفي كما يظهر من مراجعة الدر المختار[٢] والمواد (٣٤٥ - ٣٤٨) من المجلة العدلية وشرحها لعلي حيدر، وهي تقابل المادة (٥٦٢) من القانون العراقي.

***

● (مادة ٥٢٥): إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع.

إذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجبًا للرد على البائع، مثلًا: لو اشترى حيوانًا فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم فيه، ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع، بل يرجع عليه بنقصان الثمن، لكن إذا زال ذلك المرض كان للمشتري أن يرد الحيوان للبائع بالسبب القديم الذي ظهر فيه، العيب الحادث: هو الذي يحدث في المبيع وهو في يد المشتري، وإذا زال العيب الحادث، فالعيب القديم يوجب رد المبيع بخيار العيب، سواء أخذ المشتري نقصان الثمن من البائع قبل زوال ذلك العيب أو بعده، وعلى المشتري أن يرد إلى البائع نقصان الثمن إن كان أخذه منه، فإذا كان نقصان الثمن موجودًا رده بعينه وإذا كان مستهلكًا رد بدله وإذا لم يرض المشتري أن يرد المبيع، فعليه إعادة نقصان الثمن[٣].

وتتفق الفقرة الثانية من المادة (٥١٧) مدني أردني مع هذه المادة طبقًا لما سبق ذكره.

***

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٤٥) : ١/ ٣٥٣.

(٢) رد المحتار : ٤/ ٩٤.

(٣) شرح مجلة الأحكام : ١/ ٣٥٥ المادة (٣٤٧).

❁ (مادة ٥٢٦): يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم، بأن يقوم المبيع سالمًا ثم يقوم معيبًا، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان.

نقصان الثمن يصير معلومًا بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض، وذلك بأن يقوم المبيع سالمًا ثم يقوم معيبًا، فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان، مثلًا: لو اشترى ثوب قماش بستين وبعد أن قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه، فقوم أهل الخبرة ذلك الثوب سالمًا بستين أيضًا، ومعيبًا بالعيب القديم بخمسة وأربعين، كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة فيرجع بها المشتري على البائع، ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب سالمًا ثمانون ومعيبًا ستون، فبما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرون، وهي ربع الثمانين، فللمشتري أن يطالب بخمسة عشر التي هي ربع الثمن المسمى، ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب سالمًا خمسون قرشًا ومعيبًا أربعون قرشًا فبما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرة وهي خمس الخمسين يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر، إلا أنه يجب أن يكون أهل الخبرة عدولًا وأن يبلغوا نصاب الشهادة، وأن يكون إخبارهم بلفظ الشهادة، ويجري التقويم لقيمة المبيع يوم البيع، وفي ذلك أربع احتمالات:

١ - أن تكون قيمة المبيع سالمًا مساوية للثمن المسمى، وقيمته معيبًا أنقص منه.

٢ - أن تكون قيمة المبيع سالمًا زائدة على الثمن المسمى وقيمته معيبًا مساوية له.

٣ - أن تكون قيمة المبيع سالمًا ومعيبًا أنقص من الثمن المسمى.

٤ - أن تكون قيمة المبيع سالمًا ومعيبًا أزيد من الثمن المسمى[1].

***

❁ (مادة ٥٢٧): إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب المبيع والبناء والغرس في الأرض المبيعة، ثم اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب، ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث.

الزيادة: وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته إلى المبيع يكون مانعًا من الرد، مثلًا: ضم الخيط والصبغ إلى الثوب بالخياطة والصباغة، وغرس الشجر في الأرض من جانب

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٥٣، ٣٥٤ المادة (٣٤٦).

المشتري مانع للرد، والقاعدة: أن كل موضع لا يمكن للمشتري أن يرد فيه المبيع القائم في ملكه على البائع برضائه، أو بغير رضائه إذا أزاله عن ملكه فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن، وعليه فالزيادة المتصلة غير المتولدة تمنع الرد. الزيادة على أربعة أنواع:

١ - الزيادة المتصلة المتولدة، وهي لا تمنع الرد.

٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة، وهي تمنع الرد.

٣ - الزيادة المنفصلة المتولدة، وهي تمنع الرد إذا كانت بعد القبض، وإلا فلا.

٤ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة، وهي لا تمنع الرد[١].

وتتفق هذه المادة مع المادة (٣٤٩، ٣٥٠) من المجلة العدلية والمادة (٨٦) من التقنين الحنفي مع مذكرتها الإيضاحية، والمادة (٥٦٣) مدني عراقي، والمادة (٥١٨) مدني أردني، ونصها:

١ - « إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشتري عيب قديم فيه فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب، وليس للبائع الحق في استرداد المبيع.

٢ - والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع ».

***

(مادة ٥٢٨): إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان[٢]..

وكذلك الحكم في كل تصرف من المشتري في البيع لا يخرجه عن ملكه[٣].

تتفق هذه المادة مع ما ورد في المادة (٨٧) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

« إذا تصرف المشتري في المبيع ثم علم بعيب فيه رجع بنقصانه، إلا إذا كان التصرف بالبيع فإنه يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان »[٤].

وتتفق كذلك مع المادة (٣٤٤) من المجلة العدلية، والمادة (٥٦٦) مدني عراقي، والمادة (٥١٥) مدني أردني، ونصها:

---

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٣٥٩ المادة (٣٤٩).

(٢) حكمها وما بعدها ذكره في رد المحتار في أوسط خيار العيب ص: ٨١.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥/ ٢٩١.

(٤) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٨٧)، الطبعة التمهيدية، مجمع البحوث الإسلامية.

« إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره ».

***

(مادة ٥٢٩): إذا أجر المشتري المبيع ثم وجد به عيبًا فله نقض الإجارة ورده بعيبه، ولو رهنه ثم وجد به عيبًا ليس له نقض الرهن وإنما يرده بعد فكه.

الإجارة وإن كانت من العقود اللازمة فإنها تنتقض بالعذر، والحاجة إلى دفع الضرر، ولذا فإنها تنقض للرد بسبب فساد البيع، والرد بسبب العيب في المبيع، وتنتقض أيضًا لحق الغرماء في المطالبة ببيع الرقبة بعد حل المال، فأما الرهن فهو لازم من جهة الراهن، ولا يثبت للغرماء بعد حل الأجل نقض الرهن[1].

ولذا فإن المشتري إذا أجر المبيع ثم وجد به عيبًا كان له أن ينقض الإجارة ويرد المأجور بالعيب إلى بائعه، أما إذا كان رهنه فلا سبيل إلى فك الرهن ونقضه إلا برضا المرتهن أو بأداء الدين إليه، والفرق أن الإجارة تفسخ بالعذر، ودفع الضرر، بخلاف الرهن الذي قصد به استيثاق الدين وضمانه.

***

(مادة ٥٣٠): إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان العيب.

إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع، أي إذا تلف كل المبيع أو بعضه في يد المشتري أو وكيله، بفعل نفسه أو تعدي المشتري أو غيره، فإن كان قبل دفع المشتري الثمن المعجل أصبح مجبرًا على أدائه، وكذلك إذا اشترى شخص من آخر مالًا فأرسل رسولًا لقبضه من البائع فقبضه الرسول وتلف في يده فالخسارة على المشتري؛ لأن الرسول قبض بأمره، وكذلك إذا قال شخص لآخر: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وسلمها إلى أجيرك أو أجيري، فبعد أن سلم البائع ذلك إلى الأجير تلف في يده فالتلف على المشتري؛ لأن أجير البائع أو أجير المشتري كان وكيلًا له في قبض المبيع، أما إذا قال المشتري للبائع: زن لي من هذا السمن عشرة أرطال، وأرسله إلى داري مع أجيرك أو مع أجيري، فوزن البائع السمن ودفعه إلى أجيره أو أجير المشتري فكسر إناء السمن وتلف السمن عادت الخسارة فيه على البائع؛ لعدم وجود القبض.

---

(١) المبسوط: ٢٥/١٣٨، ١٣٩.

والحاصل: أنه إذا تلف بعض المبيع بعد القبض أيضًا تعود خسارته على المشتري، كما تعود خسارته عليه بعد قبض جميعه، إلا أنه إذا كان التلف بفعل البائع بعد القبض ينظر فإن كان للبائع حق استرداد المبيع ينفسخ البيع في المقدار الذي استهلكه، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن، مثال ذلك: إذا قبض المشتري المبيع الذي اشتراه بثمن معجل قبل أداء الثمن بدون إذن البائع فأتلفه البائع في يد المشتري، فالبائع بهذا الإتلاف يكون قد استرد المبيع فينفسخ البيع ويسقط الثمن، أما إذا لم يكن للبائع حق الاسترداد فيكون استهلاكه في حكم استهلاك الأجنبي فيضمن قيمة ما استهلكه أو مثله، ولا يطرأ على البيع خلل في ذلك[١].

تتفق هذه المادة مع المادة (٤١٨) من مشروع القانون المدني[٢]، ونصها:

« تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان »[٣].

***

● (مادة ٥٣١): إن ظهر أن المبيع المعيب لا ينتفع به أصلًا يبطل البيع، ويكون للمشتري حق استرداد الثمن من البائع إن كان نقده إليه[٤].

اختلف الفقهاء في حق المشتري في إمساك المبيع معيبًا، والرجوع على البائع بأرش العيب في المعيب، فالحنفية والشافعية لا يعطونه هذا الحق، وإنما له أن يرد السلعة ويسترد الثمن، أو يمسك المعيب ولا رجوع له بنقصان؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد؛ ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى، فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره، أما الحنابلة فإنه يكون للمشتري عندهم الخيار بين الرد والرجوع بالثمن، وبين الإمساك والرجوع بأرش العيب، ويفصل المالكية بين العيب

---

(١) شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢٧٥ المادة (٢٩٤).

(٢) انظر المادة (٤١٨) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٤٢، ١٤٣.

(٣) هذه المادة تطابق المادة (٤٥١) من مشروع القانون المدني المصري.

والمادة (٤٩٣) من التقنين الكويتي.

والمادة (٥٦٤) من التقنين العراقي التي تنص على أنه: « إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان الثمن ».

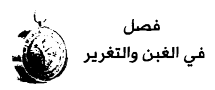
والمادة (٥١٦) من التقنين الأردني التي تنص على أنه: « إذا هلك المبيع بعيب قديم في يد المشتري، أو استهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن ».

(٤) شرح مجلة الأحكام ١/ ٣٣٧: « إذا كان لا ينتفع بالمبيع في شيء فالبيع باطل ».

اليسير غير المؤثر، فلا شيء فيه ولا رد به، وبين العيب المؤثر الذي له قيمة فيرجع بأرشه، وبين العيب الفاحش فيجب هنا الرد، حتى إذا أمسكه ليس له الرجوع بالنقصان[1].

* * *

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣/ ٢٨٤.



فصل
في الغبن والتغرير

(مادة ٥٣٢): لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال[١]. فإن ثبت التغرير وتحقق أن في البيع غبنًا فاحشًا فللمغبون فسخه.

والغبن الفاحش في العقار وغيره: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين[٢].

الغبن في اللغة: الغلب والخدع والنقص، قال الكفوي: الغبن بالموحدة الساكنة يستعمل في الأموال، وبالمتحركة في الآراء، وقال ابن السكيت: وأكثر ما يستعمل في الشراء والبيع بالفتح، وفي الرأي بالإسكان.

وفي الاصطلاح قال الحطاب: الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله إذا اشتراها كذلك.

والغبن محرم لما فيه من التغرير للمشتري والغش المنهي عنه، ويحرم تعاطي أسبابه؛ لقوله ﷺ: « من غشنا فليس منا »[٣]، قال ابن العربي: إن الغبن في الدنيا ممنوع بإجماع في حكم الدنيا؛ إذ هو من باب الخداع المحرم شرعًا في كل ملة.

لكن اليسير منه لا يمكن الاحتراز منه لأحد في البيوع؛ إذ لو حكمنا برده ما نفذ بيع أبدًا؛ لأنه لا يخلو منه، حتى إذا كان كثيرًا أمكن الاحتراز منه ووجب الرد به، والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم.

أنواع الغبن: ذهب الفقهاء إلى أن الغبن نوعان: غبن يسير، وغبن فاحش.

وللفقهاء في تحديد كل من الغبن الفاحش واليسير أقوال:

فذهب الحنفية إلى أن اليسير: ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد، فيعذر فيما يشتبه؛ لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه، ولإمكان الاحتراز عنه؛ لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمدًا.

---

(١) هذه المادة تتفق مع المادتين (١١١، ١٢٧) من مشروع قانون المعاملات المدنية طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٢) هذا التفسير هو الصحيح كما في حاشية الرملي على جامع الفصولين من آخر الفصل السابع والعشرين.. اهـ.

(٣) صحيح مسلم: ١/ ٩٩ برقم ١٠١.

وقيل: حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة، وفي الحيوان عشر القيمة، وفي العقار خمس القيمة، وفي الدراهم ربع عشر القيمة؛ لأن الغبن يحصل بقلة الممارسة في التصرف، والصحيح الأول، هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين، وأما إذا كان معروفًا كالخبز واللحم والموز لا يعفى فيه الغبن، وإن قل وإن كان فلسًا.

وذهب المالكية إلى أن الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، وهي الزيادة على الثلث، وأما ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتفاق.

وقال الشافعية: الغبن اليسير هو ما يحتمل غالبًا فيغتفر فيه، والغبن الفاحش هو ما لا يحتمل غالبًا، والمرجع في ذلك عرف بلد البيع والعادة، وقال الحنابلة: يرجع في الغبن إلى العرف والعادة، وهو الصحيح من المذهب، وهو قول جماهير الأصحاب، وقيل: يقدر الغبن بالثلث، وهو اختيار أبي بكر، وجزم به في الإرشاد.

ونقل المرداوي عن المستوعب: المنصوص أن الغبن المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله، وحده أصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع.

وقد اتضح أنه إذا كان الغبن المصاحب للعقد يسيرًا فلا يؤثر في صحته عند جمهور الفقهاء، قال ابن هبيرة: اتفقوا على أن الغبن في البيع بما لا يفحش لا يؤثر في صحته. إلا أن الفقهاء استثنوا بعض المسائل، واعتبروا الغبن يؤثر فيها حتى لو كان يسيرًا.

أما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في أثره على العقود حسب الاتجاهات الآتية:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية في ظاهر الرواية، والشافعية والمالكية على المشهور إلى أن مجرد الغبن الفاحش لا يثبت الخيار، ولا يوجب الرد.

قال الحصكفي: لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية، وبه أفتى بعضهم مطلقًا.

وقال الدردير: ولا يرد المبيع بغبن بأن يكثر الثمن أو يقل جدًّا، ولو خالف العادة بأن خرج عن معتاد العقلاء.

وجاء في روضة الطالبين: مجرد الغبن لا يثبت الخيار وإن تفاحش، ولو اشترى زجاجة بثمن كبير يتوهمها جوهرة فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة، وقد استثنى الحنفية والمالكية بعض العقود والتصرفات، وقالوا بأثر الغبن الفاحش فيها وإن لم يصاحبه تغرير، ومن هذه العقود:

أ - تصرف الأب والجد والوصي والمتولي والمضارب والوكيل بشراء شيء بعينه، يعفى

فيه يسير الغبن دون فاحشه كما قال ابن نجيم، وقال المواق نقلًا عن أبي عمر المالكي: اتفقوا على أن النائب عن غيره في بيع وشراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى ما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود.

ب - بيع المستسلم المستنصح، قال الدردير: ولا رد بغبن ولو خالف العادة، إلا أن يستسلم أحد المتبايعين صاحبه بأن يخبره بجهله، كأن يقول المشتري: أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة، فبعني كما تبيع الناس فقال البائع: هي في العرف بعشرة فإذا هي بأقل، أو يقول البائع: أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس فقال: هي في عرفهم بعشرة، فإذا هي بأكثر، فللمغبون الرد على المعتمد.

الاتجاه الثاني: ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية منهم ابن القصار والحنابلة إلى أن للمغبون حق الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، وإن لم يصاحب الغبن تغرير، قال ابن عابدين نقلًا عن الحموي: فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بالغبن الفاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد مطلقًا.

وقال المواق نقلًا عن المتيطي: تنازع البغداديون في هذا، وقال بعضهم: إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الناس من قيمته، على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره، وحكى ابن القصار أن مذهب مالك: للمغبون الرد إذا كان فاحشًا، وهذا إذا كان المغبون جاهلًا بالقيم، والحنابلة يقولون بإعطاء العاقد المغبون حق الخيار في ثلاث صور:

إحداها: تلقي الركبان؛ لقوله ﷺ : **«لا تلقوا الجَلَبَ، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»**[1].

والثانية: بيع الناجش ولو بلا مواطأة من البائع، ومنه: أعطيت كذا وهو كاذب.

والثالثة: المسترسل إذا اطمأن واستأنس وغبن، ثبت له الخيار ولا أرش مع إمساك.

الاتجاه الثالث: إعطاء المغبون حق الخيار إذا صاحب الغبن تغرير، بهذا يقول بعض الحنفية وصححه الزيلعي، وأفتى به صدر الإسلام وغيره.

وتتفق هذه المادة مع المادتين (١١١، ١٢٧) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[2].

---

(١) صحيح مسلم: ٣/ ١١٥٧ برقم ١٥١٩.

(٢) انظر المادة (١١١، ١٢٧) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة =

فالمادة (١١١) تنص على أنه:

١ - « يكون العقد موقوفَ النفاذ للتدليس، سواء أكان قوليًّا أم فعليًّا، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد.

٢ - ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلَّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »[١].

= الإسلامية ص: ٢٨، ٣٧.

(١) هذه المادة تقابل المادة (١٢٥) من مشروع القانون المدني المصري التي تنص على ما يأتي:

١ - « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

٢ - ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ».

وهذه المادة يقابلها في التقنين العراقي المادتان (١٢١ و ١٢٣)، فالمادة (١٢١) من هذا التقنين تنص على ما يأتي:

١ - « إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر، وتحقق أن في العقد غبنًا فاحشًا كان العقد موقوفًا على إجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

٢ - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك الوضيعة ».

والمادة (١٢٣) من هذا التقنين تنص على ما يأتي: « يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير، أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر، ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري، ويكون العقد نافذًا في جميع هذه الأحوال ».

وتقابل المواد (١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٥٠) في المدني الأردني.

فالمادة (١٤٣) تنص على أن: « التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها ».

والمادة (١٤٤) من هذا التقنين تنص على أنه: « يعتبر السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة تغريرًا إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ».

والمادة (١٤٥) من هذا التقنين تنص على أنه: « إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد ».

و المادة (١٥٠) من هذا التقنين تنص على أنه: « يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش، ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ، وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفًا يتضمن الإجازة، وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته ».

ويستعمل الفقه الإسلامي في هذا الصدد لفظ « التغرير »، ويستعمل في بعض المواطن لفظ « التدليس »، ولكنه لا يعتد بالتدليس إلا إذا اقترن به غبن، وفي هذا المعنى جاءت المادة (١٢١/ ١) عراقي و المادة (١٤٥) أردني السالف ذكرهما، ويحيط الفقه الإسلامي إحاطة تامة بجميع النواحي التي يثيرها موضوع التدليس، فهو يتناول التغرير باستعمال طرق احتيالية، ومن أمثلة ذلك: تصرية الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المشتري أنها كثيرة اللبن، وحبس ماء القناة =

أما المادة (١٢٧) فتنص على أنه: « يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من ناقص الأهلية في ماله، وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو إذا كان تصرفًا في ملك الغير بدون إذنه، أو إذا ورد

=وماء الرحى المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة كي يتوهم المشتري والمستأجر كثرته. انظر ابن عابدين : ٤/ ١٤٩، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي : ٤/ ٧٣، ٧٤، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢/ ١٦، ١٦٦.

ويتناول الفقه الإسلامي كذلك التغرير عن طريق الكذب، حتى من ذلك يعتبر مجرد الكذب خديعة وتغريرًا في عقود الأمانة التي يقال لها: بياعات الأمانة، حيث يطمئن المشتري إلى أمانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة، فإذا بيعت السلعة على أن يزاد قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي سمي البيع مرابحة، وإذا بيعت على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سمي البيع وضيعة، وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، وسمي اشتراكًا إذا أخذ المشتري جزءًا منها، ففي هذه العقود إذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي كان هذا الكذب خيانة وتغريرًا المادة (١٢١/ ٢) عراقي، البدائع : ٥/ ٢٢٣، المدونة : ١٠/ ٥٩ – ٦٢، المهذب : ١/ ٢٨٨ – ٢٩٠. ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحاضر: عقود التأمين، حيث لا يجوز للمؤمن عليه أن يكذب في بيان يعطيه للشركة أو أن يكتم أمرًا له تأثير في التعاقد. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢/ ١٦٦ – ١٧٤، ومن هذا القبيل أيضًا في الفقه الإسلامي: بيع الاسترسال والاستئمان، حيث يبين العاقد أن لا دارية له بسعر السوق فيستأمن المتعامل معه، ويسترسل إلى نصحه ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشترى به، فإذا كذب عليه المتعامل معه، فإن هذا الكذب يعتبر غشًا وتدليسًا يوجب للعاقد المغبون خيار الرد. الحطاب : ٤/ ٤٧٠، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٢/ ١٧٥ وما بعدها.

كذلك يتناول الفقه الإسلامي التغرير عن طريق الكتمان، من ذلك أنه في بياعات الأمانة لا يجوز للبائع مرابحة أن يقتصر على ذكر الثمن الأصلي ويكتم بيانًا من شأنه أن يؤثر في قيمة المبيع، كما لو اشترى نسيئة ويبيع نقدًا؛ حيث يعتبر هذا الكتمان خيانة وتدليسًا، ومن هذا القبيل أيضًا أن يعمد البائع إلى إخفاء عيب في المبيع بأن يكتمه عن المشتري.

ويتناول الفقه الإسلامي أيضًا التغرير الصادر من الغير، ما دام هذا الغير متواطئًا مع العاقد الذي يفيد من التدليس، من ذلك الناجش، وهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها بالمزاد ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها، ومن ذلك أيضًا التدليس الصادر من الدلال.

ويتضح من هذا العرض أن الفقه الإسلامي في إحاطته بالنواحي المختلفة التي يثيرها موضوع التدليس قد وصل إلى مدًى يداني ما وصل إليه فقه القانون الحديث، غير أن هناك اختلافًا بين الفقهين في خصوص معيار التدليس، ففقه القانون الحديث يقف عند معيار أوحد للتدليس، هو المعيار الذاتي الذي مقتضاه أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، بينما يقرن الفقه الإسلامي بهذا المعيار الذاتي معيارًا موضوعيًّا، هو أن يقترن بالتدليس غبن، وصحيح أن الغبن قد يتحقق في فريق من حالات التدليس، ولكن التدليس قد يوجد وحده دون غبن فيدفع العاقد إلى تعاقد لا مصلحة له فيه وما كان ليقدم عليه لولا الحيلة التي استعملت معه لدفعه إلى التعاقد، ولهذا يعتبر التدليس في حد ذاته فعلًا ضارًّا يخول الحق في المطالبة بالتعويض فضلًا عن طلب إبطال العقد، ومن ثم فالاقتصار على المعيار الذاتي في هذا الخصوص من شأنه أن يوفر حماية أكبر للمتعاقد المدلس عليه، وبهذا رؤي الوقوف في النصوص المقترحة عند المعيار الذاتي وحده، وهو ما يأخذ به التقنين الحالي.

والمادة المقترحة تطابق في حكمها المواد (١٥١، ١٥٢، ١٥٣/ ١) من التقنين الكويتي، وذلك فيما عدا أن هذا التقنين يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال.

في القانون نص خاص على ذلك »[١].

---

(١) يقابل هذا النص ما جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة (١٣٤) من التقنين العراقي التي تقول: « إذا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد... كما أن له أن يجيزه... ».

وما جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٣٥) من هذا التقنين التي تقول: « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفًا على إجازة المالك ».

وتقابله المادة (١٧١) من التقنين الكويتي التي تقول: « العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره، أو من مالك في ملك له تعلق به حق الغير، أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر، أو من مكره، أو إذا نص القانون على ذلك ».

وتقابله المادة (١٧٩) من التقنين الكويتي التي تقول: « العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، ما لم يقض بإبطاله، وإذا قضي بإبطاله اعتبر كأن لم يكن ».

وقد أخذ في النص المقترح بالأحكام الآتية:

أولًا: أنه اعتمد فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، بدلًا من فكرة العقد القابل للإبطال التي يأخذ بها المدني المصري في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية، فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحًا منتجًا لآثاره، إلى أن يطلب إبطاله فيبطل، أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحًا بصورة نهائية، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحًا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل، أو تلحقه الإجازة فينفذ.

ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل، ويحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة، فهذا أولى من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله؛ وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه.

ثانيًا: أنه وحد الحكم في الحالات التي يشوب العقد فيها نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة، أو انعدام الولاية على محل، أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف النفاذ إذا كان هناك نقص في الأهلية، أو كان هناك إكراه، أو إذا تعلق حق الغير بالمحل، وهذا السبب الأخير يندرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولي، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوارثه. انظر في هذا الخصوص: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٤/ ١٩٣ وما بعدها.

ولكن حكم النص المقترح يجعل هذا السبب الأخير قاصرًا على التصرف في ملك الغير بدون إذنه، غير أنه من ناحية أخرى يتوسع في نطاق العقد الموقوف فيجعله شاملًا لعيوب الإرادة جميعها، وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في النص المقترح هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة والتصرف في ملك الغير بدون إذنه، وهذا هو النهج الذي سار عليه التقنين المدني العراقي في المادتين (١٣٤، ١٣٥) المشار إليهما، أما التقنين المدني الأردني فقد أخذ في المادة (١٧١) التي تقدم ذكرها بما قرره الفقه الإسلامي.

ومعروف أن الفقه الإسلامي يجعل العقد موقوفًا في حالة الإكراه، بينما يعطي العاقد خيار الفسخ في حالتي الغلط، وهذا ما أخذ به التقنين الأردني، ولكن رؤي أن من الأفضل توجيه الحكم بالنسبة إلى عيوب الإرادة جميعها على غرار ما فعل التقنين العراقي.

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ، فالعقد الموقوف ينشأ صحيحًا، ولكنه يكون غير نافذ، أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحًا نافذًا، ولكنه يكون غير لازم، فيكون للعاقد الخيار بين إمضاء العقد وفسخه. =

(مادة ٥٣٣): لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير، إلا في مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال[١].

الغبن الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما لو وقع البيع بعشرة، وقومه البعض بخمسة والبعض بستة وبعض المقومين بسبعة فهذا غبن فاحش؛ لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، أما لو قوَّمه أحدهم بثمانية وغيره بعشرة فهو يدخل تحت تقويم المقومين، ولا يستغل الغبن الفاحش سببًا لفسخ العقد إلا إذا صحبه التغرير بالقول أو بالفعل، سواء حدث التغرير من جهة البائع أو من غيره ممن له صلة بالعقد كالسمسار، ويستثنى من ذلك بيع مال الصغير أو الوقف أو بيت المال ممن قصد الفقهاء إلى تشديد الحماية لمصالحهم وأموالهم، وهو الاستثناء الذي نجده في أحوال أخرى للغاية ذاتها، وهي حماية مصالح الصغير والوقف وبيت المال، وهو ما نراه في تضمين منافع الصغير والوقف وبيت المال.

***

(مادة ٥٣٤): إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغرير لوارثه[٢].

إذا مات من غرر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه؛ لأن خيار الغبن والتغرير لا يورث، سواء كان المغبون البائع أو المشتري؛ لأن خيار الغبن والتغرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع وللمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل.

= كذلك رؤي عدم جعل تصرف المالك في العين المرهونة أو المؤجرة موقوفًا على إجازة الدائن المرتهن أو المستأجر، حيث إنه من القواعد المستقرة الآن، والتي تقتضيها المصلحة في التعامل أن الرهن أو الإيجار لا يقيد حق المالك في التصرف في ملكه، ولهذا رؤي من الأفضل الأخذ بالحل الذي اعتمده التقنين العراقي؛ إذ إنه يستجيب لحاجة التعامل، على خلاف ما أخذ به التقنين الأردني.

أما التصرف الصادر من المريض في مرض الموت فحكمه في مكان آخر.

ثالثًا: أنه جعل التصرف في ملك الغير بدون إذنه موقوفًا على الإجازة، وهذا الحكم يفضل إلى حد كبير حكم بيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات العربية فيما عدا التقنين العراقي والتقنين الأردني، فبيع ملك الغير في التقنين الحالي وغيره من التقنينات التي أخذت بالتصوير اللاتيني حكمه مضطرب ولا يتفق مع القواعد العامة، فهو نافذ في حق البائع، وقابل للإبطال بالنسبة إلى المشتري بمقتضى نص خاص، وغير نافذ في حق المالك، وللمالك أن يقره فيصبح بهذا الإقرار نافذًا في حقه وصحيحًا في حق المشتري.

بينما في ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم هذا البيع واحدًا بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري والمالك، فهو موقوف في حقهم جميعًا، ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك، فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٤/ ٣٠٥ - ٣٠٧.

(١) يستفاد حكمها من جامع الفصولين في آخر الفصل ص: ٢٧.

(٢) هذا ما جرى عليه مصنف التنوير بحثًا، وقواه في رد المحتار من المرابحة، وبحث الرملي والمقدسي أنه يورث.ا.هـ.

مثال ذلك: إذا باع شخص في صحته داره المعلومة بثمن معلوم، وبعد تسليمها للمشتري توفي البائع، فلا تسمع دعوى ورثته من أن البيع المذكور وقع بالتغرير والغبن الفاحش، أما إذا أقام المغبون دعوى التغرير والغبن، ثم توفي المدعي قبل صدور الحكم برد وإعادة المبيع فالظاهر أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

وأما إذا توفي الغارُّ فلا تسقط دعوى التغرير والغبن الفاحش، بناء عليه: إذا باع شخص لآخر عرصته المملوكة وسلمها للمشتري ثم توفي بعد ذلك فللمشتري أن يدعي على ورثة المذكور وقوع البيع بغبن وتغرير، وعند إثبات دعواه يفسخ البيع، كذلك: إذا باع شخص متاعه لآخر وبعد تسليمه توفي، فادعى المشتري أن الشراء المذكور وقع بغبن وتغرير وأقام الدعوى بذلك على ورثته وأثبت مدعاه فيفسخ البيع[1].

***

(مادة ٥٣٥): المشتري المغرور المغبون بغبن فاحش إذا تصرف في بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه[2]، وأما تصرفه في بعض المبيع قبل علمه بالغبن فلا يمنع الرد، فله رد الباقي ورد مثل ما صرف في حاجته لو مثليًّا والرجوع بالثمن[3].

المشتري الذي حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك بتصرف معدود من لوازم التملك ومن تصرفات الملاك بعد اطلاعه على وجود غبن فاحش في البيع؛ لأن هذا التصرف هو رضاء بالغبن، فلذلك يسقط خياره، ولا يبقى له حق فسخه.

ولذا فإنه إذا أخرج المشتري المغبون بعد اطلاعه على الغبن الفاحش المبيع للبيع، أو كان المبيع دارًا فأحدث فيها بعض أبنية، أو أجرها، فلا يبقى له حق الفسخ، فعليه إذا تصرف المشتري الذي تغرر في البيع قبل اطلاعه على الغبن الفاحش، أو أتلفه، أو استهلكه فلا يكون ذلك مانعًا للفسخ كما سيوضح في المادة الآتية.

أما إذا تصرف المشتري تصرف الأمين فلا يسقط تصرفه هذا حق الفسخ، مثلًا: إذا حفظ المشتري المغرور بعد اطلاعه على الغبن الفاحش الساعة المباعة وداوم على حفظه لها فلا يسقط ذلك خياره.

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٥٨) : ١/ ٣٧١.

(٢) يستفاد من الأنقروية من آخر فصل الغبن والمحاباة ص: ٢٥٩.

(٣) حكمها في الدر من أواخر المرابحة والتولية ص: ١٥٩.

وكذلك فإن الإبراء يسقط حق الفسخ، مثلًا: إذا غرر أحد المتبايعين الآخر فأبرأ المغرور من غرَّه من دعوى التغرير والغبن الفاحش فليس له بعد ذلك دعوى الغبن والتغرير[١].

***

(مادة ٥٣٦): إذا هلك عند المشتري المبيع بغبن فاحش وغرر، أو استهلك أو حدث فيه عيب أو بنى المشتري فيه بناء، فلا حق له في فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن[٢].

إذا مات من غرر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه؛ لأن خيار الغبن والتغرير لا يورث، سواء كان المغبون البائع أوالمشتري؛ لأن خيار الغبن والتغرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع وللمشتري، ولذلك لا تورث ولا تنتقل.

ولذا فإنه إذا باع شخص في صحته داره المعلومة بثمن معلوم، وبعد تسليمها للمشتري توفي البائع فلا تسمع دعوى ورثته من أن البيع المذكور وقع بالتغرير والغبن الفاحش.

أما إذا أقام المغبون دعوى التغرير والغبن ثم توفي المدعي قبل صدور الحكم برد المبيع، فالظاهر أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثته.

وأما إذا توفي الغارُّ؛ فلا تسقط دعوى التغرير والغبن الفاحش، بناء عليه: إذا باع شخص لآخر عرصته المملوكة وسلمها للمشتري ثم توفي بعد ذلك فللمشتري أن يدعي على ورثة المذكور وقوع البيع بغبن وتغرير، وعند إثبات دعواه يفسخ البيع، كذلك: إذا باع شخص متاعه لآخر وبعد تسليمه توفي، فادعى المشتري أن الشراء المذكور وقع بغبن وتغرير وأقام الدعوى بذلك على ورثته وأثبت مدعاه فيفسخ البيع[٣].

***

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٥٩): ١/ ٣٧١.

(٢) يستفاد حكمها من رد المحتار في أواخر المرابحة ص: ١٦٠، عند قول المصنف: وتصرفه في بعض المبيع غير مانع منه على قول الشارح: بقي ما لو كان قيميًّا... إلخ، ذكر ذلك استدلالًا بما قيل في خيار الخيانة من المرابحة بحثًا.. اهـ.

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٥٨) : ١/ ٣٧١.

باب: السلم

● (مادة ٥٣٧): **السلم هو: شراء مثمن آجل وهو المسلم فيه بثمن عاجل وهو رأس المال**[١].

من معاني السلم في اللغة الإعطاء، والتسليف يقال: أسلم الثوب للخياط أي: أعطاه إياه، قال المطرزي: أسلم في البر، أي أسلف، من السلم، وأصله: أسلم الثمن فيه، فحذف[٢].

وشرعًا: بيع آجل بعاجل[٣].

وإنما شرع عقد السلم بالكتاب والسنة والإجماع.

أ - أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمًّى قد أحله اللَّه في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية »[٤]، ووجه الدلالة في الآية الكريمة: أنها أباحت الدين، والسلم نوع من الديون، قال ابن العربي: « الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدًا، والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضرًا، والدين ما كان غائبًا » فدلت الآية على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها؛ إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجله.

ب - وأما السنة: فما روى ابن عباس عن رسول اللَّه ﷺ أنه قدم المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث، فقال عليه الصلاة والسلام: « **من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم** »[٥].

فدل الحديث الشريف على إباحة السلم وعلى الشروط المعتبرة فيه، وحديث عبد الرحمن ابن أبزى وعبد اللَّه بن أبي أوفى قالا: « كنا نصيب المغانم مع رسول اللَّه ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمًّى، فقلت: أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك »[٦].

جـ - وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز[٧].

---

(١) نصت المادة (١٢٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن السلم هو بيع مؤجل بمعجل.

(٢) انظر الموسوعة الفقهية : ٢٥/ ١٩١.

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار : ٥/ ٢١٠.

(٤) سنن البيهقي الكبرى : ٦/ ١٩، برقم ١٠٨٧٠.

(٥) سنن البيهقي الكبرى : ٤/ ٤٠، برقم ٦٢٠٩.

(٦) صحيح البخاري : ٢/ ٧٨٤، برقم ٢١٣٦.

(٧) انظر الموسوعة الفقهية : ٢٥/ ١٩٢.

ونصت المادة (١٢٣) من شرح مجلة الأحكام العدلية على أن: « السلم بيع مؤجل بمعجل » وبعبارة أوضح: هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلًا واستلام المبيع مؤجلًا.

وهو بعكس البيع المؤجل، فالبيع المؤجل هو الذي يكون المبيع فيه معجلًا والثمن مؤجلًا[١].

وقد تضمنت المادة (٥٣٢) من القانون المدني الأردني النص على تعريف السلم بما لا يخرج عن ذلك، وأنه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل.

***

● (مادة ٥٣٨): حكم السلم: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن عاجلًا، ولرب السلم في المسلم فيه آجلًا.

لما كان الثمن هو المقصود حالًّا لزم من قبضه في المجلس، وجعل المال الذي يقع السلم فيه وبه بمنزلة رأسه؛ لأن رأس الإنسان أشرف ما فيه، وثبت المِلك للمسلَّم إليه في الثمن ولرب السلم فيه الدين تتأجل فيه المطالبة[٢].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٠٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ونصها: « حكم السلم: ثبوت الملك في البدلين ».

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أن حكم السلم: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه وهو الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى، والمؤجل: هو المطالبة بما في الذمة[٣].

***

● (مادة ٥٣٩): لا يصح السلم إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتعيينها قدرًا ووصفًا كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة، وأما العدديات المتفاوتة، في القيمة فلا يجوز السلم فيها عددًا إلا بمميز كطول وغلظ ونحو ذلك.

يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته بالوصف، وذلك بأن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع؛ لأن الجهالة المانعة للنزاع لا تزول إلا ببيان هذا كله.

والأصل في ذلك قوله ﷺ: « من أسلف سلفًا فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم

(١) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية : ١/ ١١٤. (٢) حاشية الطحطاوي على الدر المختار : جـ ٣.
(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٠٦).

إلى أجل معلوم »[1].

وقد ورد ذلك في المادة (٥٣٣) من القانون المدني الأردني، ونصها: « يشترط لصحة بيع السلم:

١ - أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار، ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم.

٢ - أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه.

٣ - إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد.

***

(مادة ٥٤٠): يشترط لصحة السلم إن كان المسلم فيه حنطة أو قطنًا أو خبزًا أو شعيرًا أو غير ذلك من الغلال ونحوها أن تكون موجودة وقت العقد إلى وقت التسليم، فلا يجوز السلم في حنطة أو ذرة حديثة قبل وجودها[2].

لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين الحلول حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجودًا عند الحلول أو على العكس، أو منقطعًا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز، وهو قول الأوزاعي.

وقال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق: إذا كان موجودًا عند المحل جاز، وإن كان منقطعًا وقت العقد، أو بينهما؛ لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل، فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده؛ لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي.

ولهم أيضًا: إطلاق الحديث المتقدم، أعني أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله: « **من أسلف سلفًا فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم** »[3]، فلو كان عدم الانقطاع شرطًا لبينه، وحين لم يبينه لم يثبت، بل لزم أنه ليس شرطًا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله.

قلنا: بل فيه مدرك شرعي، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي إسحاق عن

---

(١) سنن النسائي المجتبى: ٧/ ٢٩٠ برقم ٤٦١٦.

(٢) انظر المادة (٣٨١) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر.

(٣) سنن النسائي المجتبى: ٧/ ٢٩٠ برقم ٤٦١٦.

رجل نجراني قلت لعبد اللّه بن عمر: أسلم في نخل قبل أن يطلع قال: لا، قلت: لِمَ؟ قال: لأن رجلًا أسلم في حديقة نخل على عهد رسول اللّه ﷺ قبل أن يطلع النخل فلم تطلع النخل شيئًا ذلك العام فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، وقال البائع: إنما بعتك النخل هذه السنة، فاختصما إلى رسول اللّه ﷺ فقال للبائع: **«أخذ من نخلك شيئًا» قال: لا، قال: «بِمَ تستحل ماله؟ أردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه»**[1]، وجه الدلالة: أنه أولًا: يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها، وفيه مجهول كما رأيت، والحديث المعروف وهو أنه ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[2] فيكون متناولًا للنهي.

ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال: سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال: نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نَسَاءً بناجز، وسألت ابن عباس - رضي اللّه عنهما - عن السلم في النخل، فقال: نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه[3]، فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع أنهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل، فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم.

والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي، وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلًا قليلًا؛ لأن وضع المسلم شرعًا لاعتبار ظن ما ذكرنا، فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت.

وفي مبسوط أبي الليث: لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد فيه؛ لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم، حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان بسجستان[4].

● (مادة ٥٤١): شروط صحة السلم سبعة:

الأول: بيان جنس المسلم فيه كبُرٍّ أو قطن أو فول أو شعير أو نحو ذلك.

الثاني: بيان نوعه أي كونه بعليًا أو مسقاويًا[5].

---

(١) نصب الراية: ٤/ ٤٩.

(٢) صحيح البخاري: ٢/ ٥٤١ برقم ١٤١٦.

(٣) صحيح البخاري: ٢/ ٧٨٣ برقم ٢١٣١.

(٤) انظر فتح القدير: ٧/ ٨٢، ٨٣.

(٥) الذي في مختار الصحاح مسقوي: أي ما يسقى بالسيح من باب الواو فصل السين ص: ٦٣٠.

الثالث: بيان وصفه أي كونه جيدًا أو رديئًا أو متوسطًا.

الرابع: بيان قدره وزنًا وكيلًا وذرعًا وعدًّا، فالمكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات تتعين مقاديرها بالعد والوزن والكيل والذرع، والعدديات المتقاربة تتعين مقاديرها بالعد والوزن والكيل أيضًا، وينبغي في المنسوجات تعيين طولها وعرضها ورقتها وثخنها وما ركب منها وصفتها(١).

الخامس: بيان الأجل وأقله شهر في السلم.

السادس: بيان قدر رأس المال إن كان مكيلًا أو موزونًا أو عدديًا غير متفاوت.

السابع: بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة(٢).

لا يصح السلم إلا بسبع شرائط تذكر في العقد، ولا شك أن للسلم شروطًا غيرها، ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها، ومن هذه الشرائط :

جنس معلوم كحنطة شعير، ونوع معلوم كسقية، وهي ما يسقى سيحًا أو بخسية، وهي ما يسقى بالمطر، ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالبًا، وصفة معلومة كجيد أو رديء أوسط مشعر سالم من الشعير، ومقدار معلوم كذا كيلًا بمكيال معلوم، فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلمًا فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه.

ومن الشروط كذلك: أجل معلوم، والأصل فيه -أي في اشتراط هذه الخمسة- ما روينا، يعني قوله ﷺ: «من أسلم منكم...» الحديث، نص على شرطي: القدر المعلوم والأجل المعلوم، وثبت باقي الخمسة بالدلالة؛ لظهور إرادة الضبط المنافي للمنازعة؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة.

والشرط السادس: ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة، وهذا شرط في المسلم فيه كذلك اتفاقًا، ومنها: تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه.

وكذا: أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا؛ لأن انفراد أحدهما يحرم النَّسَاء، وأن لا يكون فيه خيار الشرط.

---

(١) صرح به في الدر من أوائل السلم ص: ٢٠٤.

(٢) نصت المادة (٣٨٦) من مجلة الأحكام العدلية على: «يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع، مثلًا: أنه حنطة أو أرز، أو تمر ونوعه ككونه يسقى من ماء مطر (وهو الذي نسميه في عرفنا بعلًا)، أو بماء النهر والعين وغيرهما (وهو ما يسمى عندنا سقيًا) وصفته كالجيد والخسيس وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه».

ومنها كذلك: أن يتعين المسلم فيه بالتعيين، فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير، وهذا ما تناولته المادة (٣٨٦) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه: « يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع، مثلًا: أنه حنطة أو أرز، أو تمر ونوعه ككونه يسقى من ماء مطر، وهو الذي نسميه في عرفنا بعلًا، أو بماء النهر والعين وغيرهما، وهو ما يسمى عندنا سقيًا، وصفته كالجيد والخسيس، وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه.

الاختلاف في صحة السلم وفساده: إذا اختلف الطرفان في صحة السلم وفساده فقال أحدهما: إن السلم صحيح لتوفر الشروط فيه، وقال الآخر: فاسد؛ لأن الشرط الفلاني مفقود منه، فالقول مع اليمين لمدعي الصحة »[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢٠٨) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، ونصها:

« يشترط في المسلم فيه بيان جنسه، ونوعه، وصفته، ومقداره، وأجله، ومكان إيفائه إن كان له حمل ومؤنة، وكونه مثمنًا، وأن يكون موجودًا من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل »[2].

* * *

(مادة ٥٤٢): يشترط لبقاء السلم على الصحة قبض رأس المال ولو عينًا قبل الافتراق.

من الشروط: قبض رأس المال في مجلس العقد، فلو انتقض القبض بطل السلم، كما لو كان عينًا فوجده معيبًا أو مستحقًّا، ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينًا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس، فلو قبله صح أو وجده زيوفًا أو نبهرجة وردها بعد الافتراق، سواء استبدلها في مجلس الرد أو لا، فلو قبله واستبدلها في المجلس أو رضي بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل، وفي تجديده روايتان: ما زاد على الثلث، أو ما زاد على النصف، وإن وجده سَتُّوقَةً أو رصاصًا فإن استبدلها في المجلس صحَّ وإن بعد الافتراق بطل، وإن رضي بها؛ لأنها غير جنس حقه، وفي الواقعات: باع عبدًا بثوب موصوف إلى أجل جاز؛ لوجود شرط السلم، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل؛ لأنه يصير سلمًا في حق الثوب بيعًا في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض[3].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٣٨٧) من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أنه:

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٦) : ١/ ٤١٥.

(٢) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢٠٨).

(٣) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢١٧.

« يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس السلم انفسخ العقد »[١].

وتتفق هذه المادة مع بعض ما ورد في المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصها: « يجب أن يكون رأس المال معلومًا للمتعاقدين وأن يتم الوفاء به عند التعاقد »، غير أن القانون المدني الأردني أجاز تأخير قبض رأس المال بضعة أيام؛ حيث جاء في مادته (٥٣٤) أنه: « يشترط في رأس مال السلم - أي ثمنه - أن يكون معلومًا قدرًا ونوعًا، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام ».

***

● (مادة ٥٤٣): إذا اشترط الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الإيفاء، حتى لو أوفاه في محلة فيها برئ، وليس له أن يطالبه في محلة أخرى، وإن كانت المدينة متسعة بأن بلغت نواحيها فرسخًا يشترط أن يعين للإيفاء ناحية منها[٢].

السلم غير واجب التسليم في الحال، فلزم تعيين مكان الإيفاء؛ منعًا من المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان ولو عينا مدينة للإيفاء فكل محلاتها سواء فيه، هذا إذا لم تبلغ نواحيه فرسخًا فإن بلغته فلا بد من بيان ناحية منه. (فتح وبحر) وجزم به في (النهر).

وتتفق هذه المادة مع المادة (٤٣٦) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية[٣] ونصها:

« إذا حل أجل الوفاء بالمسلم فيه، وجب تسليمه في المكان المتفق عليه، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب تسليمه في المكان الذي تم فيه العقد »[٤].

***

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٨٧) : ٤١٨/١.

(٢) حكمها في الدر وحاشية رد المحتار من أوائل السلم ص : ٢٠٧.

(٣) انظر المادة (٤٣٦) من المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص: ١٥١.

(٤) نصت المادة (١١٦) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه: « إذا حل أجل المسلم فيه وجب على البائع أن يسلمه للمشتري في المكان الذي شرطا التسليم فيه، أو في محل عقد السلم إذا لم يشترطا مكانًا معينًا، ولا يلزم البائع تسليمه ولا المشتري تسلمه منه في غيرهما إلا أن يرضيا بذلك »، وانظر كذلك المادة (١٥٧) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي.

والمادة المقترحة تتفق في حكمها مع المادة (٥٣٣/ ٣) من التقنين الأردني.

(مادة ٥٤٤): ما لا حمل له ولا مؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، فيوفيه حيث شاء ولو عين مكانًا تعين.

وما لا حمل له: هو الذي لا يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال، وقيل: هو الذي لو أمر إنسانًا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانًا، وقيل: ما يمكن رفعه بيد واحدة[١].

ويلزم الوفاء بالمسلم فيه في المحل المتفق على تسليمه فيه إن ذكرا ذلك وعيناه، أما إذا لم يعينا مكانًا للوفاء بالمسلم فيه، وهو مما ليس له حمل ومؤنة، فيسلمه في أي مكان بالمدينة التي جرى الاتفاق فيها، وعند أبي حنيفة أنه لا يتعين مكان للإيفاء؛ لأن العقد إذا وجد مطلقًا عن تحديد مكان الإيفاء بالمسلم فيه لم يتعين مكان العقد لذلك، ويخلف الصاحبان فيه، ويريان أن العقد قائم بالمكان الذي تم فيه العقد، أما أبو حنيفة فيرى تعلق العقد بالعاقدين لا بمكان العقد فلا يتعين لوجوب الوفاء فيه.

***

(مادة ٥٤٥): إذا أبى المسلم إليه قبض رأس المال يجبر عليه.

لو أبى المسلم إليه قبض الثمن في المجلس أجبر عليه، وفيه إشارة إلى أن شرط الخيار مفسد للسلم؛ لأنه يمنع تمام القبض[٢].

وذلك لأن السلم عقد لازم، ومن أحكامه نقل ملكية رأس مال السلم إلى المسلم إليه، ويجبر المسلم على الوفاء به وتسليمه إلى المسلم إليه إذا امتنع من ذلك، بناء على أن السلم عقد لازم.

***

(مادة ٥٤٦): لا يجوز للمسلم إليه التصرف في رأس المال قبل قبضه، ولا لرب السلم أن يتصرف في المسلم فيه قبل استلامه بنحو بيع وشراء[٣].

لا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض:

أما الأول: وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه؛ لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعًا قبل الافتراق.

وأما الثاني: وهو المسلم فيه فإنه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز؛

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢١٦.

(٢) انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ١٠٢.

(٣) حكمها في الدر من أوسط السلم ص: ٢٠٩.

لقوله ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك »(١)، فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز، ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه، فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم، ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه، وقول القدوري بعد ذلك(٢).

وفي فتح القدير أنه: « ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل قبضه ».

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٣) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان التي تنص على أنه: « لا يجوز لأحد العاقدين التصرف في رأس المال أو المسلم فيه قبل القبض »(٣).

***

(مادة ٥٤٧): يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم، فيؤخذ المسلم فيه من تركة المسلم إليه حالاً(٤).

يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم، فيؤخذ المسلم من تركته حالاً؛ لبطلان الأجل بموت المديون لا الدائن، ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه(٥).

ويتضح من ذلك بطلان الأجل بموت المسلم إليه « البائع » لا بموت رب السلم (المشتري)، ويترتب على هذا البطلان - طبقًا لما جاء في هذه المادة - الحكم بأخذ المسلم فيه من التركة حالًا، ولا يترتب على هذا البطلان فوات حق المشتري، فيأخذ دينه حالًا؛ لأن الذي أبطل هو الأجل لا الدين، ويختلف القانون المدني الأردني فيما جاءت به المادة (٥٣٧) عن ذلك؛ حيث تضمنت هذه المادة إعطاء الخيار للمشتري بين فسخ العقد واسترداد الثمن من التركة، وبين الاستمرار على العقد وانتظار حلول الأجل، ويكون له أن يطالب بحجز شيء من التركة يفي بقيمة المبيع، ونص هذه المادة: « إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة، أو شاء انتظار حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلًا مليئًا يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله ».

***

(١) سنن أبي داود : ٣/ ٢٨٣ برقم ٣٥٠٣. (٢) انظر فتح القدير : ٧/ ١٠٢.
(٣) تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢١٣).
(٤) حكمها في الدرر من أوائل السلم ص : ٢٠٦. (٥) رد المحتار لابن عابدين : ٤/ ٢٠٦.

فصل
في بيع الوفاء



(مادة ٥٤٨): بيع الوفاء هو: أن يبيع شيئًا بكذا أو بدين عليه، بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداه الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء.

البيع هو: مبادلة مال بمال.

والوفاء لغة: ضد الغدر، يقال: وفى بعهده وأوفى بمعنى واحد، والوفاء: الخلق الشريف العالي الرفيع، وأوفى الرجل حقه ووفّاه إياه بمعنى: أكمله له وأعطاه وافيًا.

وفي اصطلاح الفقهاء بيع الوفاء هو: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي بيع الوفاء؛ لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط.

هذا، ويسميه المالكية: « بيع الثنيا » والشافعية: « بيع العهدة » والحنابلة: « بيع الأمانة » ويسمى أيضًا: « بيع الطاعة » و« بيع الجائز » وسمي في بعض كتب الحنفية: « بيع المعاملة »[1].

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدًا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه: البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه.

***

(مادة ٥٤٩): لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا بإذن البائع، ويضمن ما أكله بغير إذنه من ثمره أو ما أتلفه من شجره[2].

اختلف فقهاء المذهب في تكييف بيع الوفاء إلى ثلاثة آراء:

١ - أن له حكم الرهن، وهو الصحيح وعليه الأكثر، وينبني على ذلك أن المشتري وفاء لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه وهو ضامن.

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية: ٩/ ٢٦٠.

(٢) حكمها في رد المحتار في بيع الوفاء من أواخر الصرف ص: ٢٤٦.

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدًا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه.

وقال السيد الإمام: قلت للإمام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن، أنا أيضًا على ذلك، الصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله.

قلت: وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزًا لفتاوى النسفي: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالًا للربا وسموه بيع الوفاء، هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، ثم نقل ما مر عن السيد الإمام.

وفي جامع الفصولين: ولو بيع كَرْم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشتري؛ لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللرهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن.

٢ - أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به، إلا أنه لا يملك المشتري بيعه، قال الزيلعي في الإكراه: وعليه الفتوى.

٣ - والقول الجامع لبعض المحققين: أنه فاسد في حق بعض الأحكام، حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه.

فهو مركب من العقود الثلاثة، كالزرافة فيها صفة البعير والبقرة والنمر، جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما، قال في البحر: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع[1].

وقد جاء في المادة (١٣٣٣) مدني عراقي: أن بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازيًا، أما المادة (٥٠٨) مدني كويتي ففيها أنه: « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصروفات اعتبر العقد قرض رهن حيازي »، وهو ما جاء في المادة (٤١) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة، والمواد (١١٨، ٣٩٧، ٣٩٩)

---

(١) انظر الموسوعة الفقهية: ٩/ ٢٦٢.

من المجلة العدلية، واتجهت المادة (٤٣٨) من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية إلى إبطال بيع الوفاء، فنصت على أنه: « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع وقع باطلًا »، يستوي في ذلك اعتباره بيعًا أو رهنًا، بناءً على أن بيع الوفاء كثيرًا ما يتخذه المتعاقدان ستارًا لإخفاء قرض بربًا فاحش.

وهو ما أوضحه تقرير لجنة مجلس الشيوخ عند النظر في هذا العقد حيث ذكرت اللجنة: أن البائع عند الاتفاق لا يأخذ ثمن العقار، وإنما يأخذ ما هو في مسيس الحاجة إليه حالًا ولو كان أقل كثيرًا من الثمن؛ اعتمادًا على قدرة يراها تتحقق له في المستقبل، فإذا اختلف ظنه - وهو ما يحدث كثيرًا - اضطر إلى ترك العقار مقابل ما أخذه، ويضيع عليه المبيع دون الحصول على ثمن عادل له، وفي هذا غبن وظلم يتعين على القانون دفعه حماية لمصالح المتبايعين، وقد انتهت اللجنة من هذا بالإجماع إلى أن هذا النوع من البيوع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل، وإنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان لقرض بربًا فاحش.

* * *

● (مادة ٥٥٠): لا يجوز للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر، فلو باعها البائع لآخر بيعًا باتًّا توقف البيع على إجازة مشتريها وفاء، ولو باعها المشتري فللبائع أو ورثته حق استردادها، ويكون للمشتري إعادة يده عليها حتى يستوفي دينه[1].

وجه ذلك: أنه بيع مشروط بحق البائع في استرداد المبيع متى وفى الثمن، فليس للمشتري أن يتجاهل هذا الشرط ببيعه إلى آخر بيعًا باتًّا، والأمر أوضح على تكييف بيع الوفاء على أنه رهن، إذ تظل ملكية المرهون (المبيع وفاء) لراهنه، ولا حق للمرتهن (المشتري في بيع الوفاء) في التصرف الناقل للملكية، أما على القول ببطلان بيع الوفاء طبقًا لما رجحته القوانين العربية الحديثة فلا حق للمشتري في التصرف في المبيع وفاء بأي وجه من وجوه التصرف؛ لأن ملكية المبيع وفاء لم تنتقل من البائع، بحكم بطلان بيع الوفاء.

ولو باع البائع لآخر بيعًا باتًّا توقف البيع على إذن المشتري وفاء، ذلك على القول بأنه رهن، وللبائع أو ورثته حق الاسترداد، والحكم كذلك على القول بأنه رهن، وكذا على القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لا يملك بيعه، وهذا البحث مصرح به في البزازية حيث قال في القول الأول: إنه رهن حقيقة؛ ولذا فإنه لو باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتًّا وسلمه وغاب، فللبائع الأول استرداده من الثاني؛ لأن حق الحبس وإن كان

(١) حكمها في الدر من بيع الوفاء ص: ٢٤٧.

للمرتهن، لكن يد الثاني مبطلة فللمالك أخذ ملكه من المبطل، فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه، وكذا إذا مات البائع والمشتري الأول والثاني فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشتري الثاني، ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه[١].

***

(مادة ٥٥١): إذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع، وتوافق البائع مع المشتري على أن يرد له المبيع إذا رد له نظير الثمن في وقت كذا، ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه، فإذا امتنع باع الحاكم عليه[٢].

مبنى هذا الحكم على اعتبار بيع الوفاء نوعًا من الرهن؛ ولذا فإن للمشتري الحق - عند حلول الوقت المتفق عليه دون أن يقوم البائع برد الثمن الذي أخذه - في بيع المبيع واستيفاء حقه منه ورد الباقي لصاحبه طبقًا لما هو معروف من أحكام الرهن، ويقوم البائع ببيع المبيع بنفسه إن رضي بذلك، وإلا فإن القاضي يجبره عليه؛ لأنه التزم برد الثمن لصاحبه في الوقت المحدود لذلك فيما اتفقا عليه، ويجري تفسير عبارات المتعاقدين عند اختلافهما في نوع البيع وأنه على البتات أو الوفاء بالرجوع إلى القرائن.

***

(مادة ٥٥٢): إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع.

هذا الحكم مبني كذلك على اعتبار بيع الوفاء رهنًا مضمونًا بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته، يعني إذا هلك المال في يد المشتري، أو أتلفه سقط من الدين بقدر قيمة المال الهالك أو المتلف.

فإن لم يتلف المال بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه، فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت، ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه.

مثلًا: إذا اشترى إنسان دارًا قيمتها ألف قرش بمائة قرش وفاء وتسلمها، فطرأ عليها خراب أنزل قيمتها إلى خمسمائة قرش فيسقط من ذلك الدين خمسون قرشًا، وإنما تحسب بالقيمة

---

(١) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢٧٧.

(٢) حكمها في تنقيح الحامدية من أوائل الرهن ص: ٢٦٩.

يوم القبض؛ لأن سبب الضمان هو القبض فيجب أن تعتبر القيمة وقت القبض.

ويجري الفراغ بالوفاء في مستغلات الوقف أيضًا، فلمن يكون له التصرف في الوقف بالإجارتين أن يتفرغ بالوقف بمقابل دينه وفاء بإذن المتولي.

مثلًا: إذا احترقت المسقفات الموقوفة ذات الإجارتين المتفرغ بها وفاءً أو استغلالًا، ولو حصل ذلك وهي في يد المتفرغ له فلا يسقط الدين الذي على المتفرغ، بل للمتفرغ له المطالبة به، ويجري التفرغ بالوفاء أيضًا في الأراضي الأميرية بإذن صاحب الأرض، والحكم على المنوال السابق في التلف.

أما إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين، وهلك المبيع في يد المشتري فسقط من الدين بقدر قيمته ويسترد المشتري الباقي ويأخذه من البائع، يعني: أنه إذا كانت قيمة المال المبيع يوم القبض ناقصة عن الدين، وهلك المبيع في يد المشتري فيسقط من الدين قدر قيمته يوم قبضه، ويسترد المشتري الباقي ويأخذه من البائع.

ويشمل التلف ما كان منه بلا تعدٍّ ولا تقصير من المشتري أو كان بتعديه وإتلافه، فإذا بيعت دار مملوكة تساوي ثمانمائة قرش بألف قرش بيع وفاء، فاحترقت وهي في يد المشتري ولم يبق منها غير عرصتها التي تساوي مائة قرش سقط من الدين سبعمائة قرش، وللمشتري أن يستوفي الثلاثمائة الباقية من البائع[1].

***

● (مادة ٥٥٣): إذا هلك المبيع وفاء في يد المشتري، وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعديه، وإن كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة[2].

الحكم هنا أن الرهن مضمون عند التعدي ضمان الغصب، فيضمن المرتهن كل قيمته، لكن دينه أسقط عنه من قيمة الرهن بقدره، فيبقى عليه أداء الزائد على الدين إن كانت قيمة الرهن أكثر، وإن كان الدين أكثر رجع بما زاد على قيمة الرهن[3].

ويطابق ذلك ما جاء في المادة (٤٠١) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: « إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين، وهلك المبيع في يد المشتري

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادتين (٣٩٩، ٤٠٠) : ١/ ٤٣٤، ٤٣٥.

(٢) يستفاد حكمها من تنقيح الحامدية من أوائل الرهن ص : ٢٦٦.

(٣) انظر تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢/ ٢٢٩.

سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، وأما إن كان بلا تعدٍّ فلا يلزم المشتري أداء تلك الزيادة، وإنما ذلك إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء يوم القبض زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري، غير أنه إذا تلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن ما زاد عن مقدار الدين، أما إذا تلف بدون تعد ولا تقصير فالزيادة في حكم الأمانة، فليس على المشتري أداؤها.

ولهذا فإنه إذا باع إنسان ما لا يساوي ألفين ومائة قرش بيعًا وفائيًّا في مقابل ألف قرش دين عليه وسلمه للمشتري، فتلف وهو في يده، سقط الألف الدين، إلا أنه إذا حصل التلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن الألف الأخرى »[1].

* * *

● **(مادة ٥٥٤): إذا مات أحد المتبايعين وفاء تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء[2].**

إذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث، يعني: إذا توفي أحد المتبايعين وفاء أو الاثنان معًا، انتقل حق الفسخ وسائر أحكام بيع الوفاء للوارث، أي يكون للوارث حق الفسخ كما كان للمتوفى.

ولهذا فإنه إذا باع إنسان داره الملك بخمسة آلاف من آخر بيعًا وفائيًّا فتوفي المشتري، فللورثة استرداد المبلغ الذي دفعه مورثهم ورد الدار لصاحبها[3].

* * *

● **(مادة ٥٥٥): ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع.**

ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء ما لم يستوف المشتري دينه، أي ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء وأخذه واقتسامه بينهم، ما لم يستوف المشتري دينه تامًّا فإذا بقي شيء رد إلى الغرماء.

لذا فإنه إذا باع داره الملك من آخر بمقابل ما استقرضه منه من النقود بيعًا وفائيًّا، وبعد أن سلمها إليه توفي الدائن قبل استيفاء دينه وديونه أكثر من تركته فتباع تلك الدار فيستوفي الدائن كل دينه أولًا ثم إذا بقي شيء فلسائر الغرماء[4].

---

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٠١) : ١/ ٤٣٧.

(٢) يستفاد من الدر في بيع الوفاء أواخر الصرف ص : ٢٤٧.

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٠٢) : ١/ ٤٣٧. (٤) انظر مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٠٣).



فصل
في الاستصناع

● (مادة ٥٥٦): الاستصناع[١] هو: طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع[٢].

الاستصناع لغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال استصنع فلانا بابًا: إذا سأل رجلًا أن يصنع له بابًا، كما يقال: أكتب أي أمر أن يكتب له[٣]، وهو شرعًا عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

أما صورة الاستصناع: فهي أن يقول إنسان لصانع من خفَّاف أو صفَّار أو غيرهما: اعمل لي خفًّا، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدًا ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العدَات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود.

وأما شرعية الاستصناع: فإنه يجوز استحسانًا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر، وقد قال ﷺ: «**إن أمتي لا تجتمع على ضلالة**»[٤]، وقال ﷺ: «**ما رأى المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئًا، فهو عند الله سيء**»[٥] والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي شراء البقل، ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعًا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج،

---

(١) يستفاد حكمه من أواخر السلم في شرح الدر مع حاشية رد المحتار ص : ٢١٢.

(٢) أي: الأجزاء التي يتركب منها الشيء المراد عقد الاستصناع فيه من طرف الصانع.

(٣) لسان العرب وتاج العروس مادة (صنع).

(٤) سنن ابن ماجه : ٢/ ١٣٠٣ برقم ٣٩٥٠.

(٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ١/ ٣٧٩ برقم ٣٦٠٠.

وقد ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه: فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا[١].

ويقابل عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي العقد المعروف في القوانين المدنية العربية الحديثة بعقد المقاولة؛ حيث إن العملية القانونية المقصودة من المقاولة: هي قيام المقاول بصنع شيء أو أداء، ويقتصر محله على صنع شيء، فإن كان الشيء مقدمًا من العميل والعمل من الصانع كان العقد عقد إجارة، وإن كان الصانع هو الذي قدم المادة والعمل اعتبر العقد عقد بيع، وهو ما جاء في المادة (٣٨٨) من المجلة العدلية، حيث نصت على أنه: « إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشًا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعًا، مثلًا: لو أرى المشتري رجله لخفاف، وقال له: اصنع لي زَوْجَي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشًا وقبل الصانع، أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقًا أو سفينة وبيَّن له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع، كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية، كل واحدة بكذا قرشًا وبيَّن الطول والحجم وسائر أوصافها وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع ».

وقد اكتسب عقد المقاولة أهمية زائدة في العصر الحديث؛ لزيادة الحاجة إليه، واتسع مجاله، فأصبح يعم الأحوال التي يقدم فيها العميل مادة العمل، أو الصانع، وهو ما ظهر في تعريف المادة ٧٨٠ من القانون الأردني لهذا العقد؛ حيث جاء فيها أن: « المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا أو يؤدي عملًا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ».

***

❁ **(مادة ٥٥٧): ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع**[٢].

ينعقد الاستصناع على المستصنَع، أو العين المطلوب صنعها، وقد نصوا على أنه عقد على مبيع في الذمة، وقيل: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل

---

(١) انظر بدائع الصنائع : ٥/ ٣.

(٢) يستفاد هذا من الدر في أواخر السلم ص : ٢١٣.

لا في الماضي، والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا، فكان مأخذ الاسم دليلًا عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٤) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، والتي تنص على ما يأتي:

« الاستصناع: بيع ما يصنعه عينًا »، وقد جاء في توضيح ذلك أن الاستصناع لغة: طلب العمل، وشرعًا: بيع ما يصنعه عينًا.

فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعًا، فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعًا.

وكيفيته: أن يقول للصانع كخفَّافٍ مثلًا: اصنع لي من مالك خُفًّا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين، فإن حُدِّد فيه أجل كان سلمًا.

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانًا فيما تعورف فيه، كخف وطست وغير ذلك من الأواني[2].

وقد تقدم في شرح المادة السابقة أن عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي هو ما اصطلح عليه عقد المقاولة في القوانين المدنية الحديثة الذي ورد تعريفه في المادة (٧٨٠) مدني أردني، و (٨٦٤) مدني عراقي، و (٦٦١) مدني كويتي، والمادة (٦٤٦) مدني مصري، غير أن هذه المواد قد توسعت في تعريف عقد المقاولة بما يشمل أحوال تقديم الصانع المادة والعمل أو العمل وحده، طبقًا للأعراف الحادثة، وبهذا فإن عقد المقاولة إذا اتفق فيه على تقديم العمل وحده يقابل في الفقه الإسلامي بعض صور الأجير المشترك.

* * *

● (مادة ٥٥٨): يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل[3]، ويشترط لصحته بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره ووصفه.

---

(١) انظر بدائع الصنائع : ٥/ ٣.

(٢) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المادة (٢١٤).

(٣) يستفاد حكمه من حاشية رد المحتار أواخر السلم ص : ٢١٢.

تناولت هذه المادة شرائط جواز الاستصناع وبينت وجوب كون أن يكون الاستصناع فيما يجري فيه التعامل بين الناس، مع لزوم بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلومًا بدونه.

ولذا يجوز الاستصناع في أواني الحديد والرصاص، والنحاس والزجاج، والخفاف والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيوف، والسكاكين والقسي، والنبل والسلاح كله، والطشت والقمقمة ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحسانًا لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب.

ومنها: أن لا يكون فيه أجل، فإن ضُرب للاستصناع أجل صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم.

وهذا قول أبي حنيفة - رحمه اللَّه - وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضربا فيه أجلًا أو لم يضربا، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلًا ينقلب سلمًا في قولهما جميعًا.

وجه قولهما: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعًا، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه، مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع؛ لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم، ولأبي حنيفة أنه: إذا ضربا فيه أجلًا، فقد أتيا بمعنى السلم؛ إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلًا، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، وكذا النكاح على أصلنا[1].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٦) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يأتي: « يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس العين المستصنعة ونوعها وقدرها وصفتها وأن يكون فيما للناس فيها تعامل »، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: أنه يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون فيما للناس فيه تعامل، لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلومًا،

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/ ٤.

والعلم يحصل بهذه الأشياء.

أما ما لا تعامل لهم فيه فلا يجوز؛ لأن جواز الاستصناع - مع أن القياس يأباه - يثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولًا إلى القياس[١].

***

● **(مادة ٥٥٩): لا يصح الاستصناع فيما لا يتعامل فيه، وإذا ضرب له شهرًا فأكثر فيكون سلمًا تعتبر فيه شرائط السلم[٢]، وكذلك ما جرى به التعامل إذا ضرب له أجل، وكان شهرًا فأكثر يعتبر سلمًا[٣].**

من شروط الاستصناع: أن يكون مما يتعامل فيه، وألا يكون مؤجلًا، وإلا كان سلمًا، فإن ضُرب للاستصناع أجل صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه... إلى قوله: فإن وجدت صحَّ وإلا فلا.

وقد استدلوا على اشتراط عدم ضرب الأجل في الاستصناع بأن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلًا، فإذا ما ضرب في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم، ولو كانت الصيغة استصناعًا، وبأن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا في السلم، إذ لا دين في الاستصناع.

وخالف في ذلك أبو يوسف ومحمد؛ إذ إن العرف عندهما جرى بضرب الأجل في الاستصناع، والاستصناع إنما جاز للتعامل، ومن مراعاة التعامل بين الناس رأى الصاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل، فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل، وعندهما: أن الاستصناع إذا أريد يحمل على حقيقته، فإن كلام المتعاقدين يحمل على مقتضاه، وإذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال لا الاستمهال؛ خروجًا من خلاف أبي حنيفة[٤].

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٥) وشرحها من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، والتي تنص على ما يلي:

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المادة (٢١٦).

(٢) يستفاد حكمه من الدر وحاشيته رد المحتار من أواخر السلم ص : ٢١٤.

(٣) يستفاد حكمها من حاشية رد المحتار من أواخر السلم ص : ٢١٢.

(٤) انظر الموسوعة الفقهية : ٣/ ٣٢٩.

« يكون الاستصناع سلمًا إذا حدد فيه الأجل ».

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن كيفية الاستصناع أن يقول لصانع كخفاف مثلًا: اصنع لي من مالك خفًا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين بأجل معلوم، كأن يقول: شهرًا مثلًا صار سلمًا، فتعتبر فيه شرائط السلم.

فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره، تعورف الاستصناع فيه أو لا، عند أبي حنيفة؛ لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقًا، وعند الصاحبين: إن ضُربَ الأجل فيما تعورف فهو استصناع؛ لأن اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم، لتعذر جعله استصناعًا، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال، هذا إذا كانت المدة على سبيل الاستمهال، أما إذا كانت على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يفرغ عنه غدًا أو بعد غد لا يصير سلمًا بالإجماع.

* * *

● **(مادة ٥٦٠): لا يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن**[1].

في التتارخانية: لا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، وإن شرط تعجيله، هذا إذا لم يضرب له أجلًا فإن ضرب قال أبو حنيفة: يصير سلمًا، ولا يبقى استصناعًا حتى يشترط فيه شرائط السلم.

ويظهر من هذا أن الاستصناع لا جبر على تعجيل الثمن، وأنه إذا كان مؤجلًا بشهر فأكثر يصير سلمًا، وهو عقد لازم يجبر عليه، ولا خيار فيه.

وإنما لم يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن، لأنه عقد بيع يصح مع تعجيل الثمن وتأجيله، خلافًا لمن رأى أنه يصير سلمًا مع ضرب الأجل شهر أو أكثر[2].

* * *

● **(مادة ٥٦١): لا يتعين المبيع للآمر قبل اختياره له، فيجوز للصانع أن يبيع مصنوعه قبل رؤية الآمر، كما يجوز للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية**[3].

إن جاء الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه فأخذه الآمر برضا الصانع صح، ولا يتعين المبيع له أي للآمر بلا رضاه، فصح بيع الصانع لمصنوعه قبل رؤية آمره، ولو تعين

(١) يستفاد حكمها من رد المحتار أواخر السلم ص: ٢١٣.

(٢) انظر رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٢٢٥.

(٣) يستفاد حكمها من الدر أواخر السلم ص: ٢١٣.

لما صح بيعه للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية، ومفاده أنه: لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح.

***

(مادة ٥٦٢): إذا ضرب للاستصناع أجل شهرًا فأكثر صار سلمًا، سواء جرى فيه تعامل أم لا، فتعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم[١].

إذا ضُرب للاستصناع أجل صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم، كذا ذكره في المبسوط فيجبر على التسليم[٢].

***

(مادة ٥٦٣): إذا ضُرب للاستصناع أجل أقل من شهرين[٣] وجرى فيه تعامل كان استصناعًا صحيحًا، وإن لم يجرِ فيه تعامل إن ذكر الأجل على وجه الاستعجال كان استصناعًا صحيحًا أيضًا، وإن ذكره على وجه الاستمهال فهو استصناع فاسد[٤].

إذا ضرب للاستصناع أجلًا أقل من شهر كان استصناعًا إن جرى فيه تعامل، كخف وطست وقمقمة ونحوها.

مما فيه تعامل استصناع كان العقد استصناعًا؛ لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه؛ لأنه استصناع فاسد، فيحمل على السلم الصحيح، وله: أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم: الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى.

وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٢١٥) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

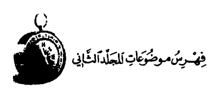
---

(١) يستفاد حكمها من الدر وحاشية رد المحتار من أواخر السلم ص: ٢١٢.

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين.

(٣) في الأصل: [شهران] والصواب ما أثبتناه.

(٤) يستفاد حكمه من رد المحتار أواخر السلم ص: ٢١٢.



في المداينات والعقود والأمانات والضمانات ٤٥١

○ **الباب الأول: (في أنواع الديون)** ٤٥٣

* **الفصل الأول: في الدَّين** ٤٥٣

مادة (١٦٨): الدين ما وجب في ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب. الدين على نوعين مشترك وغير مشترك ٤٥٣

مادة (١٦٩): الدين المشترك ما كان سببه متحدًا سواء كان ثمن مبيع مشتركًا بين اثنين أو أكثر في بيع صفقة واحدة ٤٥٥

مادة (١٧٠): الدين غير المشترك هو ما كان سببه مختلفًا لا متحدًا ٤٥٦

مادة (١٧١): فإن التزم اثنان بعقد كفالة بدين وأدياه من مال مشترك بينهما فالمطلوب لهما من المكفول عنه يكون دينًا مشتركًا ٤٥٧

مادة (١٧٢): إذا كانت الديون المطلوبة من المدين غير مشتركة فلكل واحد من أربابها استيفاء دينه على حدته من المدين ٤٥٧

مادة (١٧٣): إذا كان الدين المطلوب من المدين مشتركًا بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه ٤٥٧

مادة (١٧٤): إذا قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين المشترك فالشريك الآخر بالخيار ٤٥٨

مادة (١٧٥): إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها فلشريكه الآخر أن يُضَمِّنَهُ حصته منها ٤٥٩

مادة (١٧٦): إذا قبض أحد الشريكين حصته من الدين المشترك وتَلَفَت في يده بلا تقصير منه فلا يضمن حصة شريكه في المقبوض ٤٥٩

مادة (١٧٧): إذا أتلف أحد الدائنين في الدين المشترك مالًا للمدين وتقاصا بحصته ضمانًا فلشريكه أخذ حصته منه ٤٦٠

مادة (١٧٨): إذا اشترى أحد الشريكين بنصيبه من الدين المشترك مالًا من المدين فالشريك الآخر مخير ٤٦٠

مادة (١٧٩): إذا أبرأ أحدُ الشريكين المدين عن نصيبه من الدين المشترك صح إبراؤه ٤٦٢

مادة (١٨٠): إذا أخذ أحد الشريكين في الدين رهنًا من المدين في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه أن يضمنه مقدار ما أصاب حصته ٤٦٣

مادة (١٨١): إذا أخذ أحد رَبَّيِّ الدين من المدين كفيلًا بحصته منه أو أحاله المدين بها على آخر فلشريكه أن يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحتال عليه ٤٦٣

مادة (١٨٢): إذا استأجر أحد الشريكين من المدين شيئًا مدة معينة بحصته من الدين صار قابضًا لها ٤٦٣

مادة (١٨٣): إذا صالح أحد رَبَّيِّ الدين المدين عن نصفه الذي هو نصيبه فإن كان بدل الصلح من جنس الدين فالشريك مخير ٤٦٤

مادة (١٨٤): إذا كان للمدين على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين خاص به فليس لشريكه أن يرجع بشيء من حصته ٤٦٥

مادة (١٨٥): إذا حدث للمدين على أحد شريكي الدين المطلوب منه دين وثبت له ذلك بعد وجوب دينهما عليه وصار دينه قصاصًا فلشريكه الحق في الرجوع عليه بحصته منه ٤٦٥

مادة (١٨٦): إذا مات المدين وكان أحد الشريكين وارثًا له وترك مالًا ليس فيه وفاء لدينهما فإنهما يشتركان فيه على حسب حصة كل منهما ٤٦٦

مادة (١٨٧): إذا كان الدين المشترك موروثًا فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن وله أن يؤجل حصته ٤٦٦

مادة (١٨٨): إذا كان الدين المشترك واجبًا بإدانة أحد الشريكين في شركة عنان فإن أجله الذي باشر الإدانة صح تأجيله ٤٦٧

مادة (١٨٩): إذا كان الدين المشترك واجبًا بعقد قرض فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد لا للشريك الآخر أن يؤجله ٤٦٨

* الفصل الثاني: في الدين المضمون....................٤٦٩

مادة (١٩٠): إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلًا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم ٤٦٩

مادة (١٩١): إذا كان للمدين كفيلٌ بالدين المطلوب منه فللدائن عند حلول أجل الدين مطالبة أيهما شاء....................٤٦٩

مادة (١٩٢): إذا كان على أحد دين كفله عنه كفيلان أو أكثر كفالة متعاقبة فللدائن أن يطالب بدينه كلًّا من الأصيل والكفلاء ٤٧٠

مادة (١٩٣): إذا كان للمدين كفيلان أو أكثر كفلوا عنه الدين معًا في عقد واحد فللغريم أن يطالب كل واحد من الكفيلين بنصف الدين ٤٧١

مادة (١٩٤): إذا تعدد الكفلاء بدين كفلوه لصاحبه على التعاقب في عقود متفرقة ثم كفل كل منهم عن صاحبه وضمن جميع الدين الذي التزم به فللغريم مطالبة كل منهم بجميع الدين ٤٧٣

○ الباب الثاني: (في وفاء الدين والمقاصة والإبراء عن الدين وتجديد عقده وغير ذلك)....................٤٧٥

* الفصل الأول: في وفاء الدين....................٤٧٥

مادة (١٩٥): تُقضى الديون بإيفائها نقدًا أو قصاصًا أو بإبراء الغريم ذمةَ المدين أو بإحالة الدين ٤٧٥

مادة (١٩٦): يجوز وفاء الدين من المدين الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إن كان الدين مشتركًا....................٤٧٦

مادة (١٩٧): يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره ٤٧٧

مادة (١٩٨): من قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية رجع على الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أو لم يشترطه ٤٧٧

مادة (١٩٩): من قضى مَغَارِم غيره بأمره فله الرجوع بما دفعه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه ٤٧٨

مادة (٢٠٠): إذا أمر أحد غيره بشراء شيء له ففعل المأمور ذلك فله الرجوع على الآمر بثمن ما اشتراه له ٤٧٩

مادة (٢٠١): إذا أمر أحد غيره بأن يدفع عنه مبلغًا معلومًا إلى شخص معين فإن كان المأمور بالدفع صيرفيًّا أو شريكًا للآمر أو خليطًا فله الرجوع بما دفعه على الآمر ٤٨٠

مادة (٢٠٢): إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه فقضاه ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه فللمأمور أن يرجع على القابض لا على الآمر ٤٨٠

مادة (٢٠٣): إذا لم يكن المأمور بالدفع صيرفيًا ولا شريكًا للآمر ولا خليطا له ولا هو في عياله ودفع ما أمر به فإنما يرجع على الآمر بما دفعه ٤٨١

مادة (٢٠٤): في كل موضع لا يملك المدفوع إليه المال مقابلًا بملك مال لا يرجع المأمور بما أنفقه على الآمر إلا إذا اشترط الرجوع عليه ٤٨٢
مادة (٢٠٥): إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين ٤٨٢
مادة (٢٠٦): إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الطالب فضاع في يد الرسول فقد ضاع من مال المدين ٤٨٣
مادة (٢٠٧): من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه منه بغير حق ٤٨٤
مادة (٢٠٨): ربُّ الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال مدينه أو من مال كفيله وهو على صفته فله أخذه بلا رضاه ٤٨٥
مادة (٢٠٩): إذا عرض المدين مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه ٤٨٧
مادة (٢١٠): إذا كثُر غرماء المدين وكان ماله لا يفي بجميع الديون المطلوبة لهم فله أن يقدم من شاء منهم ويؤثره على غيره ٤٨٩
مادة (٢١١): كلُّ دين صح تأجيله فأجَّله صاحبه أو قسطه إلى أقساط معلومة وقَبِل ذلك المدين لزم تأجيله ٤٨٩
مادة (٢١٢): إذا كان الدين مؤجَّلًا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول ٤٩٠
مادة (٢١٣): من عليه الدين إذا قضاه قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض أو وجد زيوفًا فرده الدائن عاد الدين مؤجلًا كما كان ٤٩١
مادة (٢١٤): الدين المؤجل لا يحِل بموت الدائن ويحل بموت المدين ٤٩١
مادة (٢١٥): إذا كان الدين حالًا فليس للمدين أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ٤٩٢
مادة (٢١٦): إذا دفع المدين أحد دينين واجبين يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه ٤٩٣
مادة (٢١٧): إنما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله إن كان صاحب الدين بالغًا عاقلًا غير محجور عليه........ ٤٩٥
مادة (٢١٨): إذا كان صاحب الدين قاصرًا أو كبيرًا مجنونًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع المدين إليه الدين المطلوب له فلا يُعتبرُ دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين ٤٩٦
مادة (٢١٩): إذا كان المدين صغيرًا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا أو محجورًا عليه لسفه ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته ٤٩٦
مادة (٢٢٠): إذا كان المدين محجورًا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجور عليها دينًا في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه نقضُ تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه ٤٩٧
مادة (٢٢١): يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكًا لما دفعه ٤٩٨
مادة (٢٢٢): إذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعيينه في العقد وهو مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلًا عنه بدون رضاء الدائن ٤٩٨
مادة (٢٢٣): محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة........ ٤٩٩
* الفصل الثاني: في المقاصة........ ٥٠١
مادة (٢٢٤): المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه ٥٠١
مادة (٢٢٥): المقاصة نوعان: جبرية واختيارية ٥٠٢
مادة (٢٢٦): يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوة وضعفًا ٥٠٣
مادة (٢٢٧): إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ٥٠٤
مادة (٢٢٨): إذا كان للمستودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد فلا تصير قصاصًا بالدين ٥٠٤

مادة (٢٢٩): إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة مـن جنسها فلا تصير العين قصاصًا في دينه إلا إذا تقاصًا وكانت العين مقبوضة في يده فإن لم تكن في يده فلا تقع المقاصة حتى يذهب إلى مكان العين المغصوبة ويأخذها ....
مادة (٢٣٠): إذا أتلف الدائن عينًا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصًا ....
مادة (٢٣١): إذا كان لكفيل المدين دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصًا من غير رضاهما ....
* الفصل الثالث: في الإبراء عن الدين........................
مادة (٢٣٢): الإبراء على نوعين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء ....
مادة (٢٣٣): إذا اتصل بالصلح إبراء مخصوص بالمصالح عنه فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره ٥٠٩
مادة (٢٣٤): من أبرأ شخصًا من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق........................٥٠٩
مادة (٢٣٥): يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلًا بالغًا أهلًا للتبرع ٥١٠
مادة (٢٣٦): إذا اتصل بالصلح إبراء عام عن كافة الحقوق والدعاوى فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده ٥١١
مادة (٢٣٧): إذا تعدد المبرؤون يلزم تعيينهم تعيينًا كافيًا ٥١١
مادة (٢٣٨): حكمُ البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم ٥١١
مادة (٢٣٩): لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ٥١٢
مادة (٢٤٠): يشترط لصحة البراءة رضاء رب الدين ٥١٢
مادة (٢٤١): لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثَه من الدين الذي له عليه أو من بعضه ٥١٣
مادة (٢٤٢): إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك مـن ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الدين ٥١٣
مادة (٢٤٣): البراءة تفيد معنى التمليك فلا يصح تعليقها بالشرط ٥١٣
مادة (٢٤٤): إذا أبرأ الدائن مدينه عن بعض الدين أبرأ مقيدًا بأداء الباقي منه في وقت معين ٥١٥
مادة (٢٤٥): إذا حط الدائن عن مديونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقي له فإنه يبرأ من الدين ٥١٦
مادة (٢٤٦): براءة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل ٥١٦
مادة (٢٤٧): إذا أبرأ الدائن أحد الكفيلين فلا يبرأ الأصيل ولا الكفيل الآخر ٥١٧
مادة (٢٤٨): إذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتكافلين فإنه يبرأ عن دينه وعن دين الكفالة ٥١٧
مادة (٢٤٩): إذا تعدد الكفلاء المتكافلون وأبرأ الغريمُ أحدًا منهم سقط عنه الدين ٥١٨
* الفصل الرابع: في تجديد الدين........................٥١٩
مادة (٢٥٠): يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين ٥١٩
مادة (٢٥١): إذا فسخ عقد المداينة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط الدين الواجب بالعقد الأول ٥٢٠
مادة (٢٥٢): إذا كان الدين الأول مكفولًا وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة وبرئ الكفيل.....٥٢٠
* الفصل الخامس: في فسخ العقد المترتب عليه الالتزام........................٥٢١
مادة (٢٥٣): إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية بطل الالتزام الذي كان مترتبًا عليه ٥٢١
مادة (٢٥٤): إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحبه بطل العقد ٥٢١
مادة (٢٥٥): إذا كان عقـد المعاوضة واردًا على منافع الأعيان المالية وفاتت المنفعة المقصودة بهلاك العين المنتفع بها سقط الأجر كله عن المنتفع ٥٢٢

* الفصل السادس: في حكم مرور الزمان..٥٢٤
مادة (٢٥٦): دعوى الدين أيًّا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة..٥٢٤
مادة (٢٥٧): الاستحقاق في الوقف من قَبِيل الملك المطلق..٥٢٥
مادة (٢٥٨): يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ عقد الدين..٥٢٥
مادة (٢٥٩): كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته..٥٢٦
مادة (٢٦٠): إنما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره..٥٢٦
مادة (٢٦١): إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر خمس عشرة سنة وكان لباقي الورثة عذر بأن كان قاصرًا فبلغ رشيدًا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين..........٥٢٧
كتاب العقود على العموم..٥٢٩
○ الباب الأول: (في ماهية العقد وشرائطه)..٥٣١
مادة (٢٦٢): العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه..٥٣١
مادة (٢٦٣): يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولةً كانت أو عقارًا لتمليكها بعوض أو بغير عوض..........٥٣٣
مادة (٢٦٤): يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضًا ورد بدلها..........٥٣٤
مادة (٢٦٥): يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض أو بغير عوض..........٥٣٥
مادة (٢٦٦): يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة..........٥٣٨
مادة (٢٦٧): يشترط لتحقيق كل عقد توفُّر ثلاثة أشياء وهي: العاقدان، وصيغة العقد، ومحل يضاف إليه..........٥٤١
* الفصل الأول: في أهلية العاقدين..٥٤٣
مادة(٢٦٨): يشترط لانعقاد عقود البيع والشراء ونحوها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أن يكون كل من العاقدين مُمَيِّزًا..٥٤٣
مادة (٢٦٩): المحجور عليه لصغر سنه وعدم تمييزه تصرفاته عقودُه باطلة، لا تنعقد أصلًا..........٥٤٥
مادة (٢٧٠): إذا كان المحجور عليه صبيًّا مميزًا أو كبيرًا معتوهًا تصح تصرفاته وعقوده التي تكون نافعة له نفعًا محضًا..٥٤٦
مادة (٢٧١): المحجور عليه فإنه لا ينفذ عقده إلا إذا أجازه الولي أو الوصي أو المولى..........٥٤٩
مادة (٢٧٢): الصبي أو العبد المأذون له بالتجارة تصح عقود بيعه وشرائه وإجارته... إلخ وليس له أن يقرض ولا يهب ولا يكفل عن غيره..
مادة (٢٧٣): المحجور عليه حجرًا قضائيًّا بسفه وسوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل..٥٥٤
مادة (٢٧٤): يشترط لصحة عقود التبرعات أن يكون المتبرع عاقلًا بالغًا مطلق التصرف في ماله..........٥٥٧
مادة (٢٧٥): يشترط لصحة عقود الضمانات ووجوب حفظ الودائع والأمانات والالتزام بأداء الدين المحال به في المداينات أن يكون كل من الضامن والمستودع والملتزم بوفاء الدين المحال به عليه عاقلًا بالغًا غير محجور عليه..٥٥٨
مادة (٢٧٦): يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها العقد مالكًا لها أو وكيلًا عن مالكها..٥٦٠

مادة (٢٧٧): يشترط للزوم عقود المعاوضات الواردة على الأعيان أو على منافعها أن تكون عاريّة عن الخيارات ٥٦٤
مادة (٢٧٨): يجوز للحُر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشرَ أيَّ عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره ٥٦٥
مادة (٢٧٩): من باشر بطريق الوكالة عن غيره عقد هبة أو صدقة أو إعارة أو إيداع أو رهن أو قرض ٥٦٦
مادة (٢٨٠): من باشر بالتوكيل عن غيره عقدًا من عقود المعاوضات المالية عن إقرار يقع العقد للموكِّل ٥٦٨
مادة (٢٨١): إذا أضاف الوكيل عقد المعاوضة المالية إلى نفسه تعود حقوق العقد كلها إليه ٥٧٠
مادة (٢٨٢): الأب المستور حاله إذا تصرف في مال ولده وكان تصرفه بمثل القيمة أو بيسير الغُبن صح العقد ٥٧٢
مادة (٢٨٣): الأب الفاسد الرأي الذي لا يحسن التصرف في المال إذا تصرف في مال ولده ببيع فلا يصح بيعه أصلًا ٥٧٤
مادة (٢٨٤): الوصي إذا تصرف في عقار اليتيم بالبيع بغير مسوغ من المسوغات الشرعية فلا يصح تصرفه ٥٧٥
* الفصل الثاني: في رضا العاقدين وما يعدم الرضا ٥٧٨
مادة (٢٨٥): يشترط لصحة العقد الوارد على الأعيان المالية أو على منافعها تراضي العاقدين بلا إكراه ولا إجبار ٥٧٨
مادة (٢٨٦): الإكراه نوعان: مُلجِئ وغيرُ مُلجِئ ٥٨٠
مادة (٢٨٧): الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذي رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضًا ٥٨٢
مادة (٢٨٨): يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص ٥٨٣
مادة (٢٨٩): يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المُكره قادرًا على إيقاع ما هَدد به ٥٨٤
مادة (٢٩٠): إذا عقد المكرَه العقد في غياب المجبِر ولم يرسل المُجْبَرَ أحدًا ليرده إليه إن لم يفعل فلا يعتبر الإكراه ويكون قد عَقَدَه طوعًا ٥٨٥
مادة (٢٩١): الرضا شرطٌ لصحة العقود التي تحتمل الفسخ ٥٨٦
مادة (٢٩٢): لا يصح أيضًا مع الإكراه إبراء الدائن من ديونه، ولا إبراء الكفيل بنفسٍ أو مال ٥٨٨
مادة (٢٩٣): الكفالة والحوالة لا يصحان أيضًا بالإكراه ٥٨٩
مادة (٢٩٤): لا يصح الإقرار بالإكراه ٥٩٠
مادة (٢٩٥): العقود والتصرفات التي تصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ لا يؤثر فيها الإكراه ولا تبطل به ٥٩٠
مادة (٢٩٦): من أُكره على عقد من العقود المحتملة للفسخ جاز له أن يفسخه بعد زوال الإكراه ٥٩٤
مادة (٢٩٧): عقد المكرَه ينعقد فاسدًا لا باطلًا ٥٩٦
مادة (٢٩٨): عقود المكرَه لا يتوقف نفاذها على إجازته بعد زوال الإكراه ٥٩٧
مادة (٢٩٩): للبائع المكرَه ولوارثه من بعده أن ينقض تصرفات المشتري التي تحتمل الفسخ ٥٩٨
* الفصل الثالث: في الغبن الفاحش والغلط الواقع في العقود ٦٠٢
مادة (٣٠٠): الغبن الفاحش لا يفسد العقد، ولا يوجب حق فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغرير ٦٠٢
مادة (٣٠١): إذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمًّى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار إليه، وينعقد لوجوده ٦٠٣
* الفصل الرابع: في محل العقد وفائدته وقصد شرعيته ....
مادة (٣٠٢): لابد لكل عقد من مَحل يضاف إليه يكون قابلًا لحكمه ويصح أن يكون محل العقد مالًا عينًا كان أو دينًا أو منفعة أو عملًا ٦٠٦

مادة (٣٠٣): يلزم لصحة عقود المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البدلين معينًا تعيينًا نافيًا للجهالة الفاحشة ....

مادة (٣٠٤): لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلًا للعقد المتقدم ذكره إلا في السلم بشرائطه.......... ٦٠٨

مادة (٣٠٥): يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه، وأن يكون مقصودًا شرعًا ٦١٠

* الفصل الخامس: في أحكام العقود.......... ٦١١

مادة (٣٠٦): إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما.......... ٦١١

مادة (٣٠٧): عقد المعاوضة من الجانبين الوارد على الأعيان المالية إذا وقع مستوفيًا شرائط الصحة يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين.......... ٦١٢

مادة (٣٠٨): عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية مستوفيًا شرائط الصحة والنفاذ يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع.......... ٦١٤

مادة (٣٠٩): عقد التبرع بالهبة بلا عوض لا يتم بعد انعقاده صحيحًا ولا يلزم المتبرع حكمه إلا بتسليم العين الموهوبة وقبضها.......... ٦١٤

مادة (٣١٠): إذا انعقد العقد موقوفًا غير نافذ فلا يظهر أثره، ولا يفيد ثبوت الملك.......... ٦١٧

مادة (٣١١): العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا ٦٢٦

مادة (٣١٢): العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه ٦٢٦

مادة (٣١٣): العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا ٦٣٠

مادة (٣١٤): العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ٦٣٥

○ الباب الثاني: (في العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به، وفي العقود التي يصح إضافتها إلى المستقبل والتي لا يصح).......... ٦٣٨

* الفصل الأول: في ماهية الشرط والتعليق.......... ٦٣٨

مادة (٣١٥): الشرط هو التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصة. والتعليق هو ترتيبُ أمرٍ مستقبلٍ على حصول أمرٍ مستقبلٍ مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط ٦٣٨

مادة (٣١٦): العقد المنجَز ما كان بصيغة مطلقة ٦٤٠

مادة (٣١٧): العقد المعلَّق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة ٦٤٠

مادة (٣١٨): يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر الوجود، لا محققًا، ولا مستحيلًا.......... ٦٤١

مادة (٣١٩): العقد المعلق على أمر محقق ينجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر.......... ٦٤٢

مادة (٣٢٠): العقد المضاف هو ما كان مضافًا إلى وقت مستقبل ٦٤٤

مادة (٣٢١): الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر؛ فيصح اقتران العقد به ٦٤٤

مادة (٣٢٢): الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه... فاسد... والشرط الذي لا نفع فيه فهو لغو.......... ٦٥٤

* الفصل الثاني: في بيان العقود التي يصح اقترانها وتعليقها بالشرط والتي لا يصح اقترانها وتعليقها به.......... ٦٥٧

مادة (٣٢٣): كل ما كان مبادلةَ مالٍ بمال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ٦٥٧

مادة (٣٢٤): ما كان مبادلةَ مالٍ بغير مال أو كان من عقود التبرعات أو من التقييدات فإنه يصح مع اقترانه بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ٦٥٨
مادة (٣٢٥): ما كان من الإسقاطات المحضة أو من الالتزامات التي يحلف بها يصح تعليقه بالشرط ملائمًا كان أو غير ملائم ٦٥٨
مادة (٣٢٦): الحوالة والكفالة يصح تعليقهما بالشرط الملائم ويصحان مع اقترانهما بالشرط الفاسد ويلغو الشرط ٦٥٨
* الفصل الثالث: في العقود التي يصح إضافتها إلى وقت مستقبل والتي لا يصح إضافتها إليه ٦٦٠
مادة (٣٢٧): ما لا يمكن تمليكه فى الحال وما كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل ٦٦٠
مادة (٣٢٨): كل ما كان تمليكًا فى الحال فلا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل ٦٦٠
○ الباب الثالث: (في أنواع الخيارات) ٦٦١
* الفصل الأول: في خيار الشرط ٦٦١
مادة (٣٢٩): يجوز أن يشترط فى العقد أو بعده الخيار بفسخه أو إمضائه فى مدة ثلاثة أيام لا أكثر في العقود كلها إلا في الوقف والكفالة ٦٦١
مادة (٣٣٠): خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ٦٦٥
مادة (٣٣١): خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية ٦٦٦
مادة (٣٣٢): يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين أو لأحدهما دون الآخر أو لأجنبي ٦٦٧
مادة (٣٣٣): إذا جُعل في عقود المعاوضات المالية خيارُ الشرطِ لكل من العاقدين فلا يخرج البدلان عن ملكهما ٦٦٧
مادة (٣٣٤): ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولًا أو فعلًا في المدة المعينة له ٦٦٨
مادة (٣٣٥): العقد المشروط فسخه بالخيار يتم ويلزم إذا أجازه من له الخيار في المدة المعينة قولًا أو فعلًا ولو لم يعلم الآخر ٦٦٩
مادة (٣٣٦): إذا كان الخيار مشروطًا لكل من العاقدين فأجازه أحدهما سقط خياره وحده ٦٧٠
مادة (٣٣٧): يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضي مدة الخيار بدون فسخ ولا إجازة للعقد ممن شرط له الخيار ٦٧٢
مادة(٣٣٨): يلزمُ العقد أيضًا بموتِ من له الخيارُ مِن المتبايعين في أثناء المدة قبل فسخه أو إجازته ولا يخلفه وارثه ٦٧٢
* الفصل الثاني: في خيار الرؤية وخيار العيب ٦٧٤
مادة (٣٣٩): حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع ٦٧٤
مادة (٣٤٠): من اشترى شيئًا لم يره من الأعيان التي يلزم تعيينها فهو مخيَّر عند رؤية المبيع ٦٧٦
مادة (٣٤١): خيار الرؤية يبطل بتصرف من له الخيار في العين تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقًّا للغير ٦٧٨
مادة (٣٤٢): عقد شراء أو إجارة أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك من القيميات أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد ٦٨٠
كتاب البيوع ٦٨٥
* الفصل الأول: في عقد البيع ٦٨٧
مادة (٣٤٣): عقد البيع هو تمليك البائع مالًا للمشتري بمال يكون ثمنًا للمبيع ٦٨٧

مادة (٣٤٤): لا يصح البيع إلا بتراضي العاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وتعيين المثمن والثمن ٦٩٠
مادة (٣٤٥): ينعقد البيع بإيجاب وقبول أي بكل لفظين منبئين عن معني التمليك والتملك ٦٩٣
مادة (٣٤٦): كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابًا، يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبةً ٦٩٥
مادة (٣٤٧): يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ٦٩٨
مادة (٣٤٨): يصح أن يكون البيع باتًا منجزًا وأن يكون بشرط الخيار، ويجوز أن يكون خيار الشرط للبائع أو للمشتري أو لهما معًا ٧٠٠
مادة (٣٤٩): يصح البيع بالشرط الذي يقتضيه العقد وبالشرط الذي يلائم العقد ٧٠١
مادة (٣٥٠): لا يصح البيع بالشرط الفاسد ٧٠٤
مادة (٣٥١): لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة ولا يصح إضافته إلى وقت مستقبل ٧٠٦
مادة (٣٥٢): يصح بيع المؤجل بالمعجل في السلم بشروطه ٧٠٧
مادة (٣٥٣): مصاريف عقد البيع فيما يتعلق بتسليم المبيع، كأجرة كيل ووزن مبيع إذا بيع بهما على البائع........٧١٠
* الفصل الثاني: في العاقدين....................٧١٢
مادة (٣٥٤): يشترط لانعقاد البيع أن يكون كل من العاقدَين أهلًا للعقد ٧١٢
مادة (٣٥٥): يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكًا لما يبيعه أو وكيلًا لمالكه أو وليه أو وصيه ٧١٢
مادة (٣٥٦): يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير إكراه ولا إجبار ٧١٣
مادة (٣٥٧): إيماء الأخرس خلقة، أي إشارته المعروفة كالبيان باللسان ٧١٥
مادة (٣٥٨): بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ٧١٦
مادة (٣٥٩): يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين ٧١٦
مادة (٣٦٠): إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصًا في الثمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله ٧١٧
مادة (٣٦١): إذا باع المريض لأجنبي شيئًا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان مديونًا بدين مستغرق لماله فلا تصح المحاباة ٧١٨
مادة (٣٦٢): لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه ٧١٩
مادة (٣٦٣): يجوز للأب الذي له ولاية على ولده الصغير أو الكبير الملحق به أن يبيع ماله لولده، وأن يشتري مال ولده لنفسه ٧٢٠
مادة (٣٦٤): لا يجوز للوصي المقام من قبل القاضي أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم من نفسه، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه مطلقًا ٧٢١
مادة (٣٦٥): لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أن يبيع مال نفسه لليتيم، ولا أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم ٧٢٢
○ باب: (في شروط المبيع وفيما لا يجوز بيعه وما لا يجوز وفي كيفية المبيع)....................٧٢٤
* الفصل الأول: في شروط المبيع وأوصافه....................٧٢٤
مادة (٣٦٦): يشترط أن يكون المبيع موجودًا، وأن يكون مالا متقومًا مقدور التسليم، وأن يكون معلومًا عند المشتري علمًا نافيًا للجهالة الفاحشة ٧٢٤

مادة (٣٦٧): إذا لم يكن المبيع معلومًا عند المشتري بأن كان غائبًا فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره ٧٢٦
مادة (٣٦٨): المبيع يتعين بتعيينه في العقد فيلزم البائع أن يسلمه بعينه ٧٢٨
مادة (٣٦٩): يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه ٧٢٩
مادة (٣٧٠): يشترط للزوم البيع أن يرى المشتري المبيع وقت البيع أو يكون قد رآه قبله ثم اشتراه عالمًا وقت الشراء أنه هو مرئيه السابق ٧٣١
مادة (٣٧١): من اشترى شيئًا وكان قد رآه هو أو وكيله في الشراء فليس له أن يرده إلا إذا وجده متغيرًا عن الحالة التي رآه عليها ٧٣٢
مادة (٣٧٢): من اشترى شيئًا ولم يره وقت شرائه وقبله فله الخيار إذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ٧٣٣
مادة (٣٧٣): يثبت للمشتري حق فسخ البيع ورد المبيع الذي اشتراه بدون أن يراه ٧٣٣
مادة (٣٧٤): يصح شراء الأعمى وبيعه لنفسه أو لغيره ٧٣٤
مادة (٣٧٥): الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها ٧٣٥
مادة (٣٧٦): يشترط للزوم البيع إن كان المبيع دارًا أو خانًا رؤية كل حجرة أو قاعة منها ٧٣٦
مادة (٣٧٧) إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدته، ولا يكتفي برؤية بعضها ٧٣٦
مادة (٣٧٨): من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها فله الخيار بين أخذ جميع الأشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع ٧٣٧
مادة (٣٧٩): إذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل أن يراه تصرفًا لا يحتمل الفسخ أو يوجب حقًّا للغير سقط حقه في ردِّه بخيار الرؤية ٧٣٨
مادة (٣٨٠): من اشترى شيئًا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته، وله استرداد الثمن الذي نقده إذا فسخ العقد ورد المبيع بخيار الرؤية ٧٣٩
مادة (٣٨١): إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خاليًا عن الوصف الذي رغب المشتري فيه من أجله فله الخيار ٧٤١
* الفصل الثاني: فيما يجوز بيعه وما لا يجوز.. ٧٤٢
مادة (٣٨٢): يجوز بيع كل ما كان مالًا موجودًا متقومًا مملوكًا في نفسه مقدور التسليم ٧٤٢
مادة (٣٨٣): بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل ٧٤٢
مادة (٣٨٤): الثمار التي ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا ٧٤٣
مادة (٣٨٥): ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئًا فشيئًا إن كان قد ظهر أكثره يجوز بيعه ٧٤٣
مادة (٣٨٦): بيع ما لا يعد مالًا أصلًا وما ليس مقدور التسليم وما كان غير محرز من المباحات ولو في أرض مملوكة للبائع باطل ٧٤٤
مادة (٣٨٧): لا يجوز بيع العلو دون السفل إلا إذا كان العلو قائمًا؛ فلو سقط لا يجوز بيعه بل يبطل ٧٤٤
مادة (٣٨٨): إذا كان العلو لصاحب السفل يجوز لصاحب السفل أن يبيع العلو وهو قائم ٧٤٥
مادة (٣٨٩): يصح بيع حصة شائعة معلومة من عقار قبل فرزها ٧٤٥
مادة (٣٩٠): بيع أحد الشريكين حصة مشاعًا في بناء أو شجر قائم في أرض محتكرة جائز للشريك وللأجنبي ٧٤٦
مادة (٣٩١): ما يترتب على بيعه مشاعًا ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعًا ٧٤٧

مادة (٣٩٢): ما أمن ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعًا ٧٤٨
مادة (٣٩٣): بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفًا على إجازة المرتهن والمستأجر ٧٤٩
مادة (٣٩٤): من باع ملك غيره لآخر بغير إذنه انعقد بيعه موقوفًا على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ٧٥٠
مادة (٣٩٥): يشترط لصحة الإجازة من المالك الذي بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع والمشتري وصاحب المتاع المبيع حيًّا ٧٥٢
مادة (٣٩٦): إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه، إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلًا له عنه في البيع ٧٥٤
مادة (٣٩٧): إذا لم يجز المالك بيع الفضولي وكان المشتري قد أدى للفضولي الثمن غير عالم وقت الأداء أنه فضولي باع ملك غيره بغير إذنه فله الرجوع عليه بالثمن ....
مادة (٣٩٨): إذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بدون إذن مالكها فهلكت في يد المشتري فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء ....
* الفصل الثالث: في كيفية بيع المبيع........
مادة (٣٩٩): المبيع إما أن يكون مثليًّا أو قيميًّا، فالمثلي: ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به، ومنه العدديات المتقاربة ٧٥٧
مادة (٤٠٠): المكيل والموزون الغير النقد والعددى المتقارب يصلح أن يكون مبيعًا وأن يكون ثمنًا ٧٥٨
مادة (٤٠١): يصح بيع المكيلات والموزونات بغير جنسها متفاضلًا بأن يباع مكيل بموزون أو بمكيل من جنس آخر ٧٥٨
مادة (٤٠٢): يصح بيع المكيلات والموزونات بجنسها مثلًا بمثل ٧٥٨
مادة (٤٠٣): كما يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات كيلًا ووزنًا وعددًا وذرعًا بشروطه يصح بيعها جزافًا ٧٥٩
مادة (٤٠٤): إذا بيعت المكيلات والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات جزافًا جاز للمشتري التصرف فيها قبل كيلها ووزنها وعدِّها ....
مادة (٤٠٥): إذا بيعت المذروعات والموزونات التي في تبعيضها ضرر جزافًا أو بشرط الذرع والعد، وقد سمي الثمن جملة جاز للمشتري التصرف فيها ٧٦١
مادة (٤٠٦): يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة ٧٦١
مادة (٤٠٧): ما جاز بيعه منفردًا يجوز استثناؤه من البيع ٧٦٤
مادة (٤٠٨): كما يصح بيع العقار المحدود بالمتر والذراع يصح بيعه بتعيين حدوده ٧٦٥
مادة (٤٠٩): يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قِيمِيَّين أو مِثلِيَّين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء ٧٦٥
مادة (٤١٠): إذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشتري أيهما شاء ٧٦٧
مادة (٤١١): إذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم المشتري بالثاني فإن هلكا معًا بطل العقد ٧٦٨
مادة (٤١٢): إذا كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه ويكون الآخر في يده أمانة ٧٦٩
مادة (٤١٣): إذا مات من له الخيار قبل التعيين انتقل حقه إلى وارثه ٧٧٠
* الفصل الرابع: في الثمن........ ٧٧١
مادة (٤١٤): الثمن هو: ما تراضى عليه العاقدان سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص ٧٧١

مادة (٤١٥): يشترط لصحة العقد تعيين الثمن في العقد ومعلوميته عند المتعاقدين ٧٧١
مادة (٤١٦): إذا كان الثمن حاضرًا يعلم بمشاهدته والإشارة إليه وإن كان غائبًا يعلم بوصفه وبيان قدره ٧٧٣
مادة (٤١٧): إذا تعدد نوع مسكوكات الذهب والفضة في بلدة واختلفت ماليتها مع الاستواء في رواجها
يلزم أن يبين في العقد نوع الثمن منها.. ٧٧٣
مادة (٤١٨): إذا بين وصف الثمن في العقد لزم المشتري أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة ٧٧٥
مادة (٤١٩): يعتبر الثمن في مكان العقد وزمنه لا في زمن الإيفاء ٧٧٧
مادة (٤٢٠): يصح البيع بثمن حال ومؤجل إلى أجل معلوم طويلًا كان أو قصيرًا ٧٧٨
مادة (٤٢١): يعتبر ابتداء الأجل من وقت تسليم المبيع في بيع لا خيار فيه بثمن مؤجل لا من وقت العقد
إذا كانت مدة الأجل منكرةً لا معينةً ٧٧٩
مادة (٤٢٢): لا يحل الأجل بموت البائع ويحل بموت المشتري.. ٧٨٠
مادة (٤٢٣): البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلًا ٧٨٠
مادة (٤٢٤): يجوز للبائع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه وأن يحيل غريمه به على البائع ٧٨٢
مادة (٤٢٥): إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما
صح البيع والشرط ٧٨٣
○ باب: (في حكم البيع).. ٧٨٥
مادة (٤٢٦): حكم البيع المنعقد صحيحًا لازمًا أن يُثبت في الحال ملك المبيع للمشترى وملك الثمن للبائع ٧٨٥
مادة (٤٢٧): يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور أربعة ٧٨٥
مادة (٤٢٨): إذا انعقد البيع موقوفًا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًا باع ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقد
صبيًا مميزًا أو صبية كذلك فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ....
مادة (٤٢٩): إذا انعقد البيع نافذًا غير لازم بأن كان فيه خيارُ شرط للبائع وحده، فلا يخرج المبيع عن ملكه
إلى ملك المشتري ٧٨٧
مادة (٤٣٠): إذا هلك المبيع بخيار الشرط في مدة الخيار بعد تسليمه للمشتري فإن كان الخيار للبائع
بطل البيع ويلزم المشتري القيمة يوم قبضه ....
مادة (٤٣١): إذا وقع البيع فاسدًا فلا يملك المشتري المبيع إلا إذا قبضه برضا بائعه، وإذا تعذر رده ضمنه
بمثله لو مثليًا وإلا فبقيمته يوم قبضه ٧٨٩
مادة (٤٣٢): إذا وقع البيع باطلا فلا ينعقد أصلًا وإذا قبض المشتري المبيع فلا يكون مالكًا له وإن هلك
في يده ضمن مثله إن وجد أو قيمته ٧٩١
مادة (٤٣٣): البيع الباطل هو ما أورث خَللًا في ركن البيع أو في محله ٧٩٢
○ باب: (في تسليم المبيع).. ٧٩٥
* الفصل الأول: في كيفية التسليم ومكانه ووقته.. ٧٩٥
مادة (٤٣٤): التسليم في المبيع هو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من
قبضه من غير حائل ولا مانع ٧٩٥
مادة (٤٣٥): التخلية قبض حكمًا، وهي تختلف بحسب حال المبيع ٧٩٨
مادة (٤٣٦): إذا كان المبيع أرضًا فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري
من قبضها بأن تكون قريبة ٨٠٠
مادة (٤٣٧): إذا كان المبيع منقولًا فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله ٨٠٠

مادة (٤٣٨): كيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ووضعها في الأوعية والجوالق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها يكون تسليماً ٨٠٢
مادة (٤٣٩): إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من المالك ينوب القبض الأول عن الثاني ٨٠٣
مادة (٤٤٠): يشترط في التسليم أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق البائع ٨٠٤
مادة (٤٤١): إذا قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وهو يقبض، ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك إذنًا من البائع له بالقبض ....
مادة (٤٤٢): إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن المستحق أداؤه بلا إذن بائعه فلا يكون قبضه معتبرًا ....
مادة (٤٤٣): تأجير المشتري المبيع قبل قبضه ولو من بائعه أو بيعُه قبل قبضه ولو منه وهو منقول غير جائز فلا يصير به قابضًا للمبيع ٨٠٧
مادة (٤٤٤): مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع حيث كان وقت العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد ٨٠٩
مادة (٤٤٥): إذا كان المشتري لا يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه ٨١٠
مادة (٤٤٦): إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور ٨١٠
مادة (٤٤٧): يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقده الثمنَ للبائع ٨١١
مادة (٤٤٨): إذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر فإن وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع ٨١٢
مادة (٤٤٩): إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر فإن وجدت حين وزنها أو ذرعها تامة لزم البيع ٨١٤
مادة (٤٥٠): إذا بيع مجموع من الموزونات أو المذروعات التي في تبعيضها ضرر فإن وجد المجموع وقت التسليم زائدًا أو ناقصًا عن القدر المعين من الوزن والذرع فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ ذلك المجموع ٨١٥
مادة (٤٥١): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة، وبُيِّن مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فإن ظهر عند البيع تامًّا لزم البيع ٨١٦
مادة (٤٥٢): إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبُيِّن مقداره مع بيان أثمان آحاده وأفراده فإن ظهر عند التسليم تامًّا لزم البيع ٨١٨
مادة (٤٥٣): في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع وهو يعلم أنه ناقص فلا خيار له في الفسخ بعد القبض ٨٢٠
* الفصل الثاني: في حق حبس المبيع لقبض الثمن وفي هلاك المبيع ٨٢١
مادة (٤٥٤): للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن إن كان الثمن كله حالًّا ٨٢١
مادة (٤٥٥): لا يسقط حق البائع في حبس المبيع بإعطاء المشتري له رهنًا أو كفيلًا ولا بإبرائه من بعض الثمن ٨٢٣
مادة (٤٥٦): إذا أحال البائع أحدًا على المشتري بكل الثمن إن لم يكن قبض منه شيئًا أو بما بقي له منه إن كان لم يقبضه كله، وقبل المشتري الحوالة سقط حق البائع في حبس المبيع ٨٢٤
مادة (٤٥٧): إذا أحال المشتري البائع بالثمن كله إن كان كله في ذمته أو بما بقي في ذمته إن كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيع ٨٢٤
مادة (٤٥٨): إذا كان الثمن مؤجلًا في عقد البيع أو رضي البائع بتأجيله بعد البيع، فلا حق له في حبس المبيع ٨٢٥
مادة (٤٥٩): إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع ٨٢٦

مادة (٤٦٠): إذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع........ ٨٢٧
مادة (٤٦١): إذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقًا أو بشرط الخيار له........ ٨٢٩
مادة (٤٦٢): إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع ويتبع البائع المتعدي على المبيع ويضمن مثله لو مثليًا أو قيمته لو قيميًا وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدّي........ ٨٣٠
مادة (٤٦٣): إذا مات المشتري مفلسًا بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن فالبائع أسوة الغرماء........ ٨٣١
مادة (٤٦٤): إذا مات المشتري مفلسًا قبل قبض المبيع ودفع الثمن فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري........ ٨٣٢
مادة (٤٦٥): إذا مات البائع مفلسًا بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري فالمشتري أحق به من سائر الغرماء........ ٨٣٣
* فصل: في مصاريف التسليم ولوازم إتمامه........ ٨٣٤
مادة (٤٦٦): المصاريف المتعلقة بالثمن كعدّه ووزنه تلزم المشتري وحده وكذلك مصاريف الحمل........ ٨٣٤
مادة (٤٦٧): على البائع مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه........ ٨٣٥
مادة (٤٦٨): أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشتري........ ٨٣٦
* فصل: فيما يدخل في البيع تبعًا وما لا يدخل........ ٨٣٧
مادة (٤٦٩): كل ما جرى عرف البلدة على أنه من متناولات المبيع أو كان متصلًا بالأرض اتصال قرار يدخل في البيع تبعًا بلا ذكر........ ٨٣٧
مادة (٤٧٠): فيدخل في الدار بحدودها كل ما كان مبنيًا أو مثبتًا فيها أو متصلًا ببنائها اتصالًا لا ينفصل عنه........ ٨٣٨
مادة (٤٧١): ويدخل في بيع الأرض تبعًا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء والتأبيد، سواء كانت صغيرة أو كبيرة........ ٨٣٩
مادة (٤٧٢): كل ما كان من حقوق المبيع ومرافقه أي توابعه التي لابد له منها ولا تقصد إلا لأجله يدخل في البيع إذا ذكرت الحقوق والمرافق في العقد........ ٨٤٠
مادة (٤٧٣): كل ما ليس من حقوق المبيع ومرافقه فلا يدخل في البيع........ ٨٤١
مادة (٤٧٤): لا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا إذا اشترطه المبتاع........ ٨٤٢
مادة (٤٧٥): ما كان في حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع إلا به فإنه يدخل في البيع بلا ذكر........ ٨٤٢
مادة (٤٧٦): شراء الشجرة لأجل القرار يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة........ ٨٤٣
مادة (٤٧٧): وإن اشترى شجرة للقلع، وكان في قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع........ ٨٤٤
مادة (٤٧٨): كل ما يدخل في البيع تبعًا إذا هلك قبل التسليم لا يقابله شيء من الثمن........ ٨٤٥
مادة (٤٧٩): إذا لم يدخل الطريق في المبيع وليس له مسلك إلى الشارع فللمشتري أن يرده للبائع إن لم يعلم بذلك وقت البيع........ ٨٤٦
مادة (٤٨٠): الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقًا للمشتري........ ٨٤٦
* فصل: في أداء الثمن........ ٨٤٩
مادة (٤٨١): يجب على المشتري أن ينقد الثمن أولًا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة........ ٨٤٩
مادة (٤٨٢): إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها يسلم المبيع والثمن معًا........ ٨٥٠
مادة (٤٨٣): إذا كان الثمن مؤجلًا إلى أجل معلوم يلزم أداؤه عند حلول أجله........ ٨٥٠

مادة (٤٨٤): يحل الثمن المؤجل بموت المشتري، ولا يحل الثمن بموت البائع........ ٨٥١
مادة (٤٨٥): إذا كان مكان أداء الثمن معينا في العقد فإن كان مما له حمل ومؤنة صح التعين وإن كان مما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح التعين ويجوز البيع........ ٨٥٢
مادة (٤٨٦): لا يجوز بأي وجه كان للمشتري أن يحبس الثمن الحال بعد قبض المبيع إلا إذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن........ ٨٥٢
مادة (٤٨٧): إذا لم يدفع المشتري الثمن حالًا إن كان معجلًا أو عند حلول أجله إن كان مؤجلًا فلا يفسخ البيع...... ٨٥٢
مادة (٤٨٨): لا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشتري معسرًا لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة........ ٨٥٣
مادة (٤٨٩): إذا كان الثمن عينًا يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري ببيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك........ ٨٥٤
مادة (٤٩٠): إذا كان الثمن دينًا في ذمة المشتري فليس للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه........ ٨٥٥
* فصل: في ضمان المبيع عند الاستحقاق........ ٨٥٧
مادة (٤٩١): البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضمان في العقد........ ٨٥٧
مادة (٤٩٢): لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط........ ٨٥٨
مادة (٤٩٣): يصح ضمان الثمن للمشتري معلقًا بظهور الاستحقاق........ ٨٥٩
مادة (٤٩٤): علم المشتري بكون المبيع ليس ملكًا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع........ ٨٦٠
مادة (٤٩٥): إنما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكائن من الأصل........ ٨٦٢
مادة (٤٩٦): لا يرجع المشتري بالثمن على البائع إلا إذا أثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة........ ٨٦٣
مادة (٤٩٧): الحكم بالملك للمستحق حكم على ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه........ ٨٦٤
مادة (٤٩٨): إذا أحال البائع بالثمن على المشتري فدفعه إلى المحال ثم استحق المبيع بالبينة يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحتال........
مادة (٤٩٩): إذا استحق المبيع على المشتري بالبينة فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأي سبب كان........ ٨٦٥
مادة (٥٠٠): إذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذي اشتراه به المشتري فليس له حق في طلب شيء من البائع زائدًا عن الثمن الذي أداه إياه........ ٨٦٥
* فصل: في حكم البناء والغراس........ ٨٦٦
مادة (٥٠١): إذا بنى المشتري بناء في المبيع أو غرس فيه أشجارًا ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشتري على البائع بالثمن وبقيمة البناء والغراس........ ٨٦٦
مادة (٥٠٢): إنما يرجع المشتري إذا بنى أو غرس بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه للبائع........ ٨٦٧
مادة (٥٠٣): إذا قلع المستحق البناء أو الشجر الذي كان قائمًا بالمبيع قبل أن يسلمه المشتري للبائع فالمشتري يرجع بالثمن على البائع........ ٨٦٨
مادة (٥٠٤): إذا بنى المشتري أو غرس في المبيع الذي اشتراه حال كونه عالما بأن البائع لم يكن مالكًا، وأنه باعه إليه بلا أمر مالكه فلا حق له في الرجوع بقيمة البناء والغراس........ ٨٦٨
مادة (٥٠٥): إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع في قدر المستحق........ ٨٦٩
مادة (٥٠٦): إذا قبض المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره........ ٨٧١

مادة (٥٠٧): إذا بنى المشتري في المبيع، ثم استُحِقَ منه جزء شائع ورد المشتري ما بقي منه على البائع كان له أن يرجع عليه بالثمن ونصف قيمة البناء ٨٧٢

مادة (٥٠٨): إذا استحق أحد البدلين في المقايضة وهي بيع عين بعين يرجع المشتري بالبدل الآخر إن كان قائمًا أو بقيمته إن كان هالكًا لا بقيمة المستحق ٨٧٢

مادة (٥٠٩): ما يدخل في البيع تبعا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن ٨٧٣

مادة (٥١٠): إذا ولدت الدابة المشتراة عند المشتري، ثم استُحقت بالبينة فالمستحق يأخذها مع نتاجها، والمشتري يرجع على البائع بالثمن وقيمة النتاج ٨٧٤

مادة (٥١١): إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع فلابد للمستحق من أن يبرهن على قيمته يوم الشراء ٨٧٤

* فصل: في رد المبيع بالعيب القديم ٨٧٦

مادة (٥١٢): البيع المطلق أي المجرد من شرط البراءة من العيوب ومن ذكر العيب والسلامة يقتضي أن يكون المبيع سالمًا خاليًا من كل عيب ....

مادة (٥١٣): يثبت خيار العيب للمشتري وإن لم يشترطه في عقد البيع ....

مادة (٥١٤): العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيرًا أو ما يفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه ٨٧٩

مادة (٥١٥): يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قديمًا ٨٨١

مادة (٥١٦): العيب القديم هو ما كان موجودًا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم ....

مادة (٥١٧): إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ٨٨٢

مادة (٥١٨): اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به وقبل المشتري المبيع بهذا الشرط صح البيع والشرط وإن لم يسمِّ العيوب ٨٨٤

مادة (٥١٩): ما بيع بيعًا مطلقًا منقولًا كان أو عقارًا، أو ظهر للمشتري عيب قديم فيه فله الخيار ٨٨٥

مادة (٥٢٠): إذا بيعت جملة أشياء صفقةً واحدةً وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشتري مخير ٨٨٥

مادة (٥٢١): إذا بيعت جملة أشياء صفقةً واحدةً وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فإن لم يكن في تفريقها ضرر فللمشتري أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالمًا ٨٨٧

مادة (٥٢٢): إذا كان المبيع كمية معينة من المكيلات والموزونات ووجد في بعضها عيبًا بعد التسليم فإن كانت في أوعية مختلفة فللمشتري أن يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده ٨٨٧

مادة (٥٢٣): إذا وجد في الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال ترابًا فإن كان التراب قليلًا فليس للمشتري رد المبيع ٨٨٨

مادة (٥٢٤): إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ٨٨٩

مادة (٥٢٥): إذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع ٨٩٠

مادة (٥٢٦): يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم ٨٩١

مادة (٥٢٧): إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع فإنه يرجع على البائع بنقصان العيب ويمتنع الرد ٨٩١

مادة (٥٢٨): إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان ٨٩٢

مادة (٥٢٩): إذا أجّر المشتري المبيع ثم وجد به عيبا فله نقض الإجارة ورده بعيبه ٨٩٣
مادة (٥٣٠): إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري فهلاكه عليه، ويرجع على البائع بنقصان العيب........ ٨٩٣
مادة (٥٣١): إن ظهر أن المبيع المعيب لا ينتفع به أصلًا يطل البيع ويكون للمشتري حق استرداد الثمن من البائع إن كان نقده إليه ٨٩٤
* فصل: في الغبن والتغرير........ ٨٩٦
مادة (٥٣٢): لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال ٨٩٦
مادة (٥٣٣): لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال........ ٩٠٢
مادة (٥٣٤): إذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغرير لوارثه ٩٠٢
مادة (٥٣٥): المشتري المغرور المغبون بغبن فاحش إذا تصرف في بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه ٩٠٣
مادة (٥٣٦): إذا هلك عند المشتري المبيع بغبن فاحش فلا حق له في فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن........ ٩٠٤
○ باب السلم........ ٩٠٥
مادة (٥٣٧): السلم هو شراءُ مثمن آجل وهو المسلم فيه بثمن عاجل وهو رأس المال ٩٠٥
مادة (٥٣٨): حكم السلم ثبوت المِلك للمسلم إليه في الثمن عاجلًا ولرب السلم في المسلم فيه آجلًا........ ٩٠٦
مادة (٥٣٩): لا يصح السلم إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتعيينها قدرًا ووصفًا ٩٠٦
مادة (٥٤٠): يشترط لصحة السلم إن كان المسلم فيه حنطة أو قطنًا أو خبزًا أو شعيرًا أو غير ذلك أن تكون موجودة وقت العقد إلى وقت التسليم ٩٠٧
مادة (٥٤١): شروط صحة السلم سبعة ٩٠٨
مادة (٥٤٢): يشترط لبقاء السلم على الصحة قبض رأس المال ولو عينًا قبل الافتراق ٩١٠
مادة (٥٤٣): إذا اشترط الإيفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الإيفاء ٩١١
مادة (٥٤٤): ما لا حمل له ولا مؤنة لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيوفيه حيث شاء ولو عَيَّن مكانًا تعين ٩١٢
مادة (٥٤٥): إذا أبى المسلم إليه قبض رأس المال يجبر عليه ٩١٢
مادة (٥٤٦): لا يجوز للمسلم إليه التصرف في رأس المال قبل قبضه ولا لرب السلم أن يتصرف في المسلم فيه قبل استلامه بنحو بيع وشراء ٩١٢
مادة (٥٤٧): يبطل الأجل بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم فيؤخذ المسلم فيه من تركة المسلم إليه حالًّا........ ٩١٣
* فصل: في بيع الوفاء........ ٩١٤
مادة (٥٤٨): بيع الوفاء هو أن يبيع شيئًا بكذا أو بدَين عليه بشرط إذا رد البائع الثمن إلى المشتري فإنه يرد له العين المبيعة وفاء ٩١٤
مادة (٥٤٩): لا يجوز للمشتري وفاءً أن ينتفع بالمبيع إلا بإذن البائع ويضمن ما أكله بغير إذنه من ثمره أو ما أتلفه من شجره ٩١٤
مادة (٥٥٠): لا يجوز للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاءً لشخص آخر........ ٩١٦
مادة (٥٥١): إذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع ثم امتنع البائع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه ٩١٧
مادة (٥٥٢): إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته ٩١٧
مادة (٥٥٣): إذا هلك المبيع وفاء في يد المشتري وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين........ ٩١٨

مادة (٥٥٤): إذا مات أحد المتبايعين وفاء تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء.......... ٩١٩
مادة (٥٥٥): ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع.......... ٩١٩
* فصل: في الاستصناع.......... ٩٢٠
مادة (٥٥٦): الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع.......... ٩٢٠
مادة (٥٥٧): ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع.......... ٩٢١
مادة (٥٥٨): يجوز الاستصناع في كل ما جرى به التعامل. ويشترط لصحته بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره ووصفه.......... ٩٢٢
مادة (٥٥٩): لا يصح الاستصناع فيما لا يتعامل فيه.......... ٩٢٤
مادة (٥٦٠): لا يلزم في الاستصناع تعجيل الثمن.......... ٩٢٥
مادة (٥٦١): لا يتعين المبيع للآمر قبل اختياره له.......... ٩٢٥
مادة (٥٦٢): إذا ضرب للاستصناع أجل شهرًا فأكثر صار سلمًا.......... ٩٢٦
مادة (٥٦٣): إذا ضرب للاستصناع أجل أقل من شهرين وجرى فيه تعامل كان استصناعًا صحيحًا.......... ٩٢٦

* * *

وبهذا ينتهي المجلد الثاني

ويليه المجلد الثالث وأوله:

« كتاب الإجارة »